Die Rechtsverhältnisse bei der nachträglich entstandenen Gesamthypothek

(Ein Beitrag zur Auslegung des § 1173 BGB und zur Frage des gutgläubigen Erwerbs)

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinz Alexnat

aus Brandenburg (Havel)

Approbiert am 21. Oktober 1936.

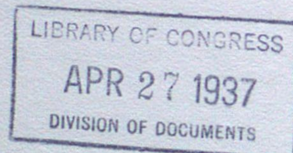


Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1936

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent.

Dem Andenken
meines Vaters gewidmet.



Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Beck Die Maximaleigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1910.

Bendix Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen, in Archiv für bürgerliches Recht (Arch BürgR.) 25 S. 84 ff.

Biermann Bürgerliches Gesetzbuch III. Buch Sachenrecht 3. Aufl. 1914.

Biermann Die „Einheitlichkeit" der Gesamthypothek in „Das Recht" 1905 S. 265.

Biermann Pfandrecht und Hypotheken bei Gesamtschulden, Gesamtforderungen und gemeinschaftlichen Forderungen in Archiv BürgR. 40 S. 310 ff.

Boehmer Welcher Zeitpunkt ist im Grundbuchverkehr nach § 892 BGB. und § 20 Aufw.Ges. für den guten Glauben des Erwerbers maßgebend? in DJZ. 27 S. 1518.

Brandis Ein bereits bestehender unrichtiger Inhalt des Grundbuchs als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB. in JW. 29 S. 3275.

Breit Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. in Gruchot 48 S. 283 ff.

Brinck Die Bezahlung der Hypothekenforderung u. der Grundschuld, sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung, 1907.

Bruck Die Eigentümerhypothek in Abhandlungen zum Privatrecht u. Zivilprozeß des Deutschen Reiches X, 2, 1903.

Denkschrift zur Grundbuchordnung, veröffentlicht in „Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen" herausgegeben von Hahn-Mugdan, Bd. 5, 1897.

Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Sachenrecht, 1905.

Entwurf einer Grundbuchordnung nebst Motiven.

Gierke Deutsches Privatrecht.

Güthe-Triebel Grundbuchordnung 5. Aufl. 1929.

Horn Die Eigentümerhypothek in Leonhard's Studien, Heft 19, 1906.

Höhn Vom Wesen der Gemeinschaft, Heft 1 der Sammlung „Das Wissen um die Gemeinschaft", herausgegeben von Reinhard Höhn.

Höhn — Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Heymann 1935.

Höhn — Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken in „Der Deutsche Staat der Gegenwart".

Höhn — Rechtsgemeinschaft u. Volksgemeinschaft in „Der Deutsche Staat der Gegenwart".

Höhn — Staat als Rechtsbegriff in „Deutsches Recht" 1934 S. 322 ff.

Höhn — Gemeinschaft als Rechtsprinzip in „Deutsches Recht" 1934 S. 301.

Koban — Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1904.

Kretschmar — Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.

Lang — Die Gesamthypothek in Archiv für Zivilistische Praxis (ArchZivPrax.) S. 300 ff.

Lange — Vom alten zum neuen Schuldrecht 1934 in „Der Deutsche Staat der Gegenwart".

Mügel — Besprechung einer Entscheidung des Kammergerichts in JW. 1927 S. 1884.

Neukirch — Besprechung einer Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 30 S. 2397.

Oberneck — Das Grundbuchrecht, 4. Auflage.

Planck — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, zu § 892 5. Auflage.

Predari — Die Grundbuchordnung, 2. Aufl. 1913.

Protokolle — der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs III Sachenrecht.

RGRK. — Reichsgerichtsrätekommentar, 8. Aufl. 1934.

Schmidt — Unechte Solidarität in Iherings Jahrbücher 72 S. 1 ff.

Schmitt — Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens in „Schriften der Akademie f. Deutsches Recht".

Schulz — Rückgriff und Weitergriff, Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession in „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts", herausgegeben von Rudolf Leonhard, Heft 21.

Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, Sachenrecht 10. Auflage.

Strecker — Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei Verfügung über noch nicht eingetragene Rechte in „Das Recht" 25. Jahrgang 1921, Spalte 180.

Strohal — Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung in „Iherings Jahrbücher 61" S. 59 ff.

Turnau-Förster — Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd. Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Wittich — Volk als Rechtsbegriff in „Deutsches Recht" 1934, S. 325.

I.

Allgemeine Ausführungen.

Was die Entstehung einer Gesamthypothek betrifft, so lassen sich 2 Arten von Entstehungsgründen unterscheiden:

1.) Die Bestellung einer Hypothek an mehreren Grundstücken für eine Forderung derart, daß die Hypothek von vornherein als Gesamthypothek begründet wird. (Ursprüngliche Gesamthypothek).

2.) Die Entstehung einer Gesamthypothek aus einer Einzelhypothek in der Weise, daß das Grundstück, auf dem die Hypothek lastet, in mehrere Grundstücke geteilt wird. (Nachträglich entstandene Gesamthypothek).

Die materiellen Bestimmungen des Hypothekenrechts unterscheiden diese beiden Fälle nicht. § 1132 BGB. geht lediglich davon aus, daß für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht und regelt für diesen Fall die sich daraus ergebenden Folgerungen. In welchen Fällen diese Rechtslage eintritt, sagt das Gesetz nicht. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß in den beiden genannten Fällen in gleicher Weise eine Gesamthypothek entsteht. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine Gesamthypothek von vornherein an mehreren Grundstücken bestellt wird, oder ein Grundstück, das mit einer Hypothek belastet ist, geteilt wird und dadurch eine Gesamthypothek entsteht, ohne daß durch diesen Vorgang gerade die Begründung der Gesamthypothek beabsichtigt wird. Nach § 1132 BGB. ist allein die Tatsache, daß eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht, für das Vorhandensein einer Gesamthypothek entscheidend[1]).

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob auch eine Sicherungshypothek, die im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 867 ZPO. auf Antrag des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen wird, durch eine später erfolgte Parzellierung des belasteten Grundstücks zur Gesamthypothek werden kann. § 867 Abs. 2 ZPO. besagt, daß, wenn mehrere Grundstücke des Schuldners mit einer Sicherungshypothek belastet werden sollen, der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen ist. Bei der Entscheidung der Frage, ob § 867 Abs. 2 ZPO. entgegensteht, ist von dem Zweck dieser Bestimmung auszugehen. § 867 Abs. 2 ist vor allem zur Verhütung einer übermäßigen Sicherung des Gläubigers geschaffen worden, um einer billigen Ausgleichung der einander entgegenstehenden Interessen des Gläubigers und des Schuldners Rechnung zu tragen[2]).

---

[1]) Vgl. dazu: Staudinger § 1132, I c γ, RGRK. § 1132, 1, KG. in RJA. 8 S. 272, 275, 11 S. 128, JW. 1927 S. 274 Nr. 3.

[2]) Protokolle Band 3, S. 704, 705.

Diese Gründe greifen aber nur für den Fall durch, daß eine Sicherungshypothek von vornherein auf mehreren Grundstücken des Schuldners eingetragen werden soll, nicht aber gelten sie für den Fall der nachträglichen Entstehung einer Gesamthypothek durch Teilung des Grundstücks. Das ergibt schon der Wortlaut des § 867 Abs. 2 ZPO. Der Gläubiger soll daran gehindert werden, sich selbst eine übermäßige Sicherung zu verschaffen. Falls ein Grundstück aus Gründen, auf die er keinen Einfluß haben kann, geteilt wird und dadurch eine Gesamthypothek zur Entstehung gelangt, besteht kein Schutzbedürfnis für den Schuldner. Die Rechtslage ist insoweit nicht anders, wie bei einer rechtsgeschäftlich bestellten Hypothek. Es kommt hinzu, daß bei Parzellierungen die Erwerber der einzelnen Parzellen meist verschiedene Personen sind. § 867 Abs. 2 ist für den letzteren Fall überhaupt nicht anwendbar, da er nur die Eintragung der Sicherungshypothek auf mehreren Grundstücken desselben Schuldners verbietet. Es kann aber nicht von Bedeutung sein, ob durch die spätere Teilung das Grundstück in mehrere Hände gelangt oder bei dem Schuldner verbleibt[3]).

[3]) So im Ergebnis Güthe-Triebel § 19 Anm. 112, S. 487.

II.

1. Hauptteil.

Zur Auslegung des § 1173 BGB.

1. Ausgangspunkt der Untersuchung.

In dem ersten Hauptteil soll vor allem die Frage untersucht werden, wie die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch einen oder einen Teil der Eigentümer der mit einer nachträglich entstandenen Gesamthypothek belasteten Grundstücke auf den Bestand der Gesamthypothek wirkt. Ausgegangen werden soll dabei von folgendem Fall: Der Eigentümer A. hat sämtliche Parzellen seines Grundstücks an verschiedene Käufer, B, C, D, und E, aufgelassen. Nach Vornahme der Auflassungen, aber vor Stellung der Anträge auf Abschreibung der einzelnen Parzellen durch die Erwerber, wird das Grundstück mit einer Zwangshypothek durch den Gläubiger des Veräußerers belastet.

Wie wir oben gesehen haben, wird die auf dem Grundstück des A lastende Einzelhypothek nach Abschreibung der aufgelassenen Parzellen durch die Aufteilung dieses Grundstücks zu einer Gesamthypothek an den einzelnen von den Käufern B, C, D und E erworbenen Grundstücksteilen. Wie ist nun die Rechtslage, wenn einer oder ein Teil der voneinander verschiedenen Parzellenerwerber den Gläubiger befriedigt?

Gesetzliche Grundlage ist § 1173 BGB. Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er gemäß Abs. I, Satz 1 dieser Bestimmung die Hypothek an seinem Grundstück, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Nach Abs. 2 geht, falls der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über. Diese bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek.

2. Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 1173 BGB. von dem des § 1172 BGB.

Bei der Abgrenzung der Fälle des § 1173 BGB. von denen des § 1172 BGB. ist zunächst zu unterscheiden, ob die mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern oder nur einem einzigen Eigentümer gehören.

1. § 1173 kann nur dann Anwendung finden, wenn die Grundstücke verschiedener Eigentümer mit einer Gesamthypothek belastet sind. Das ergibt bereits der ausdrückliche Wortlaut des § 1173 Abs. 1, Satz 1, der auch seinem ganzen Sinn nach nur den Fall regeln will, daß einer oder mehrere der voneinander verschiedenen Eigentümer den Gläubiger befriedigen. Gehören dagegen alle Grundstücke nur einem Eigentümer, so bewirkt die Befriedigung des Gläubigers den Übergang der Gesamthypothek an allen Grundstücken auf den zahlenden Eigentümer. In diesem Fall erwirbt der befriedigende Eigentümer, falls er zugleich persönlicher Schuldner ist, die Gesamthypothek als Gesamtgrundschuld an allen Grundstücken gemäß §§ 1163 Abs. 1, Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB. Ist der befriedigende Eigentümer nicht persönlicher Schuldner, so geht nach den §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs. 2 BGB. die Forderung mit der Hypothek auf ihn mit der Folge über, daß eine wirkliche Gesamthypothek an allen Grundstücken entsteht[4]).

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der befriedigende Eigentümer, dem alle mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke gehören, die ganze Forderung oder nur einen Teil derselben bezahlt. In jedem Fall erwirbt er eine Eigentümergrundschuld oder eine wirkliche Eigentümerhypothek, allerdings nur in Höhe des gezahlten Betrages.

2. Gehören die mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Einer der verschiedenen Eigentümer zahlt alles. Das ist der typische Anwendungsfall des § 1173 BGB., der nach seinem Wortlaut dann Platz greift, wenn einer der mehreren Eigentümer den Gläubiger befriedigt.

b) Einer der voneinander verschiedenen Eigentümer zahlt einen Teilbetrag. Auch für diesen Fall ist § 1173 BGB. seinem ganzen Sinne nach anwendbar, und zwar treten die Rechtsfolgen des § 1173 nur in Höhe des Teilbetrages ein.

Diesem Fall, daß ein einziger von mehreren Eigentümern einen Teilbetrag zahlt, steht auch der Fall gleich, daß alle voneinander verschiedenen Eigentümer den Gläubiger derart befriedigen, daß jeder von ihnen ein besonderer Teilbetrag in eignem Namen zahlt. In dem letzteren Fall entstehen an den einzelnen Grundstücken verschiedene Hypotheken, und zwar unterschiedlich nach der Höhe des jeweils gezahlten Teilbetrages an dem Grundstück des zahlenden Eigentümers und in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruches an den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer[5]).

c) § 1173 BGB. ist jedoch dann nicht anwendbar, wenn sämtliche voneinander verschiedenen Eigentümer gemeinschaftlich derart zahlen, daß sie in der Gesamtheit gegenüber dem Gläubiger auftreten, ohne daß unterschieden werden kann, wer diesen oder jenen Teilbetrag gezahlt hat. Hier findet lediglich § 1172 BGB. Anwendung. Ausgeschlossen ist daher, daß jeder der einzelnen Eigentümer, wie im Falle b), die Gesamthypothek

[4]) RGRK. § 1173, 2, Staudinger § 1172, 1a, § 1173, I 1c α Planck § 1173, 2a, Bruck S. 207, Beck S. 90, RJA. 11 S. 246.
[5]) RGRK. § 1173, 2, Staudinger § 1173, I 1c γ, Bruck S. 207 Anm. 15, Beck S. 91, Brinck S. 109.

zu einem Teilbetrag erwirbt. Es entstehen aber auch nicht mehrere selbständige je auf die volle Höhe lautende Eigentümerhypotheken für einen jeden der Eigentümer, sondern die Gesamthypothek gelangt für sämtliche zahlenden Eigentümer als gemeinschaftliche Hypothek nach § 1172 zur Entstehung[6]).

d) Wie im Falle c) ist § 1172 BGB. dann anwendbar, wenn die voneinander verschiedenen Eigentümer nicht den ganzen Betrag, sondern nur einen Teil gemeinschaftlich zahlen. Die Rechtsfolgen des § 1172 treten dann eben nur für diesen Teilbetrag ein.

e) Schließlich ist der Fall zu betrachten, daß Zahlung nicht von einem einzigen oder allen Eigentümern, sondern nur von einem Teil der Eigentümer gemeinschaftlich geleistet wird. Dieser Fall ist weder in § 1172 noch in § 1173 BGB. ausdrücklich geregelt. Er muß aber seinem ganzen Wesen nach dem im § 1173 BGB. geregelten Tatbestand, der davon ausgeht, daß die Befriedigung nur durch einen der Eigentümer erfolgt, gleichgestellt werden. In beiden Fällen ist das Problem das gleiche, da der Bestand der Gesamthypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer, die den Gläubiger nicht befriedigt haben, in Frage steht. Es ist daher nicht von Bedeutung, ob die Befriedigung des Gläubigers durch einen einzigen oder einen Teil der Eigentümer erfolgt. § 1173 ist somit auch dann anwendbar, wenn ein Teil der Eigentümer gemeinschaftlich den Gläubiger derart befriedigt, daß nicht ein besonderer Teilbetrag von jedem Einzelnen gezahlt wird, sondern die Zahlung von der Gesamtheit erfolgt[7]).

3. Auslegung des § 1173 BGB., insbesondere Prüfung der Voraussetzungen für die Entstehung einer Ersatzhypothek gemäß § 1173 Abs. 2.

Wie ist die Rechtslage, wenn einer oder ein Teil der voneinander verschiedenen Eigentümer der mit einer nachträglich entstandenen Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Haupthypothekengläubiger ganz oder zum Teil befriedigt? Hier interessiert vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen der befriedigende Eigentümer die Hypothek auch an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwirbt. Nach § 1173 Abs. 2 geht, wenn der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über.

Es fragt sich, ob ein Ausgleichsanspruch unter den Eigentümern allein durch die Tatsache, daß mehrere Grundstücke mit einer Gesamthypothek belastet sind, gerechtfertigt werden kann.

a) Die Auffassung des Gesetzgebers und der herrschenden Meinung.

Geht man von dem Wortlaut des § 1173 Abs. 2 aus, so setzt der Erwerb der Hypothek an dem Grundstück des nichtzahlenden Eigentümers

[6]) Vgl. Bruck S. 207 Anm. 15, RGRK. § 1173, 2, Staudinger § 1172, 1a.
[7]) So im Ergebnis auch Beck S. 90, Bruck S. 207.

voraus, daß der befriedigende Eigentümer von jenem Ersatz verlangen kann, sodaß danach die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs allein durch das Vorhandensein einer Gesamthypothek nicht gerechtfertigt ist. In der Tat hat auch der Gesetzgeber durch die Fassung des § 1173 Abs. 2 zum Ausdruck bringen wollen, daß der zahlende Eigentümer einen besonderen Ersatzanspruch gegen einen der anderen Eigentümer haben muß, damit die Hypothek auch an dem Grundstück dieses Eigentümers entstehen kann. Bei der Regelung der Rechtsbeziehungen unter den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke bestanden drei Möglichkeiten: Entweder hätte eine gesetzliche Verteilung der Haftung angeordnet werden können derart, daß etwa zu gleichen Teilen oder nach dem Verhältnis des Wertes der einzelnen Grundstücke eine Ausgleichspflicht unter den Grundstückseigentümern Platz zu greifen hat, oder aber derjenige Eigentümer hätte die Gesamthypothek auch an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwerben können, der den Gläubiger befriedigt. Schließlich war an die Regelung zu denken, daß die Gesamthypothek an den Grundstücken der nichtzahlenden Eigentümer erlischt, es sei denn, daß dem zahlenden Eigentümer gegen diese ein Ersatzanspruch zusteht. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. hat bewußt von den ersten beiden Möglichkeiten Abstand genommen. Von einer gesetzlichen Verteilung der Haftung hat man abgesehen, um die angeblich dadurch in der Praxis entstehenden Schwierigkeiten zu vermeiden. Die Kommission hat bei ihren Erörterungen die beiden Fälle unterschieden, in dem der zahlende Eigentümer gleichzeitig persönlicher Schuldner ist und in dem der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, ohne gleichzeitig persönlicher Schuldner zu sein. In dem ersten Fall war man sich darüber einig, daß es auf das Bestehen eines besonderen Ausgleichsanspruchs ankomme. Falls daher der zahlende Eigentümer keinen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke habe, sollte er die auf seinem Grundstück ruhende Hypothek als Eigentümerhypothek erwerben, während die auf den übrigen Grundstücken lastenden Hypotheken erlöschen sollten. Wenn dagegen der zahlende Eigentümer einen Ausgleichsanspruch habe, so sollte er die auf seinem Grundstück und die gleichzeitig auf dem Grundstück des Ausgleichspflichtigen ruhende Hypothek zum Betrage des Ausgleichsanspruchs als Rückgriffshypothek erwerben.

Für den Fall daß der zahlende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, wurde folgendes geltend gemacht: Es sei höchst unbillig, wenn ein Gläubiger dadurch, daß er den Eigentümer eines der mitverhafteten Grundstücke, der nicht sein Schuldner sei, beerbe, seine Forderung und die Hypothek an den übrigen Grundstücken verlieren und dafür nur die Eigentümerhypothek an dem ererbten Grundstück erhalten sollte. Er müsse daher auch die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwerben. Das gleiche müsse sowohl für die Übertragung der Forderung auf den Eigentümer wie auch für die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gelten. Die Kommission lehnte die Unterscheidung, ob der zahlende Eigentümer persönlicher Schuldner ist oder nicht ab und schloß sich der Ansicht an, daß der Fall, in welchem der Eigentümer den Gläubiger befriedige, nicht anders behandelt werden könne wie der Fall, in welchem der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung seine Befriedigung aus dem Grundstück erlange. In den Protokollen (Bd. 3. S. 634) heißt es:

„Wie in dem letzteren Falle[8]) die Hypotheken an den übrigen Grundstücken erlöschen, sofern nicht dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks ein Ausgleichungsanspruch gegen die Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke zustehe, so müsse dasselbe auch im Falle der freiwilligen Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer eintreten. Das Besondere sei nur, daß der Eigentümer, weil er die Zwangsversteigerung durch die freiwillige Befriedigung abgewandt habe, die Hypothek an seinem eigenen Grundstück erwerbe. Das Resultat, zu welchem der Antrag 1[9]) führe, entspräche auch nicht dem praktischen Bedürfnisse. Der zahlende Eigentümer erwerbe die persönliche Forderung mit der Gesamthypothek an seinem und den übrigen Grundstücken. Er könne dann die Hypothek auf seinem Grundstück löschen lassen und seinerseits die Forderung gegen einen anderen der mitverhafteten Eigentümer geltend machen. Werde er von letzterem befriedigt, so könne sich der Vorgang entsprechend wiederholen und so schließlich der Erfolg eintreten, daß der zuletzt belangte Eigentümer den ganzen Betrag der Gesamthypothek zahlen müsse, ohne sich — in Ermangelung eines Ersatzanspruchs — erholen zu können. Diese Möglichkeit, den Schaden in letzter Linie auf einen, den zuletzt belangten Eigentümer abzuwälzen, könne zu Unbilligkeiten und zu bedenklichen Machinationen führen, da naturgemäß jeder Eigentümer trachten werde, den Gläubiger zu befriedigen, um sich dann seinerseits bei anderen Eigentümern zu erholen.

Der Antrag 3a[10]) führe dagegen zu dem Ergebnis, daß der zuerst belangte Eigentümer mangels eines Ausgleichsanspruchs den Schaden zu tragen habe. Es könne dies im einzelnen Fall als unbillig erscheinen. Wenn man aber von einer gesetzlichen Verteilung der Haftung Abstand nehme, so sei es im allgemeinen immer noch richtiger, den zuerst belangten Eigentümer den Schaden tragen zu lassen, als die Möglichkeit zu gewähren, den Schaden schließlich auf den zuletzt belangten Eigentümer abzuwälzen".

In Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 1173 BGB. nimmt die herrschende Meinung an, daß der zahlende Eigentümer die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer in jedem Fall nur dann erwirbt, wenn ihm ein besonderer Ersatzanspruch gegen diese zusteht. Ob ein Ersatzanspruch besteht, entscheidet sich in erster Linie nach dem etwa zwischen den Eigentümern vorhandenen obligatorischem Verhältnis. Die Tatsache, daß die Grundstücke mehrerer Eigentümer mit einer Gesamthypothek belastet sind, begründet daher nach der herrschenden Meinung für sich allein noch keine Ersatz-

8) d. h. bei Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung.
9) nach dem der befriedigende Eigentümer in jedem Fall die Hypothek auch an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwerben sollte.
10) der den Erwerb der Hypothek auch an den Grundstücken der anderen Eigentümer von dem Bestehen eines Ersatzanspruchs abhängig macht.

pflicht. Es ist dabei ohne Bedeutung, ob die zwischen den Eigentümern bestehende schuldrechtliche Beziehung auf Vertrag oder Gesetz beruht[11]).

Es ist nicht entscheidend, ob der Ersatzanspruch erst zeitlich nach Begründung der Gesamthaft der Grundstücke oder vorher entstanden ist. Desgleichen kann es nicht darauf ankommen, ob der Ersatzanspruch in erkennbarer Beziehung zu dem Eigentum an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen begründet worden ist. § 1173 Abs. 2 kennt eine derartige Unterscheidung, zu deren Annahme auch jeder innere Grund fehlen würde, nicht. Das Kammergericht hat dies mit Recht für den Fall ausgesprochen, in dem dem Eigentümer, der den Gläubiger wegen Hypothekenzinsen befriedigt, ein Ersatzanspruch wegen dieser Zinsen gegen den Eigentümer eines der anderen der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke deshalb zusteht, weil dieser sich in einem Pachtvertrag über das Grundstück jenem Eigentümer zur Zahlung der Hypothekenzinsen verpflichtet hat[12]).

Wenn daher in unserem Falle die Erwerber der Grundstücksparzellen, nachdem sie als Eigentümer eingetragen worden sind, und die Gesamthypothek zur Entstehung gelangt ist, untereinander eine Ausgleichung vereinbaren, ist § 1173 Abs. 2 in gleicher Weise anwendbar, wie wenn eine derartige Vereinbarung vor Begründung der Gesamthypothek getroffen wäre.

c) Das Gesellschaftsverhältnis als vertragliches Rechtsverhältnis im Sinne des § 1173 Abs. 2 BGB., insbesondere der Umfang der gemäß § 1173 Abs. 2 entstandenen Gesamthypothek.

Als vertragliche Rechtsverhältnisse, die der Gesamthypothek zugrunde liegen, kommen vor allem Kauf und Gesellschaft in Frage. Gerade in dem zum Ausgangspunkt gewählten Falle, in dem das Stammgrundstück noch vor Abschreibung der einzelnen verkauften Parzellen mit einer Hypothek belastet wird, die nach Abschreibung der Parzellen zu einer Gesamthypothek wird, kommt es nicht selten vor, daß die einzelnen Grundstückseigentümer unter sich eine Vereinbarung treffen, nach der sie sich verpflichten, anteilsmäßig im Verhältnis des Werts der von ihnen erworbenen Parzellen zu dem Wert des gesamten Stammgrundstücks bei der Befriedigung des Hypothekengläubigers mitzuwirken. In Fällen dieser Art liegt ein Gesellschaftsverhältnis vor. Eine Gesellschaft ist gemäß § 705 BGB. dann gegeben, wenn sich mehrere Personen gegenseitig durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Der gemeinsame Zweck liegt bei den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke darin, bei der Ablösung der Hypothek zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung mitzuwirken. Förderung dieses Zwecks soll durch anteilsmäßige Zahlung erreicht werden. Wie die Ausgleichsansprüche der Gesellschafter untereinander rechtlich zu beurteilen sind, wenn einer oder ein Teil der Gesellschafter den Hypothekengläubiger befriedigen, kann zweifelhaft erscheinen. Nach § 705 BGB. kann jeder einzelne Gesellschafter von jedem der anderen Gesellschafter Beitragsleistung an die Gesellschaft oder unmittelbare Mitwirkung bei der Befriedigung des Hypothekengläubigers verlangen. Kommt einer der Beteiligten der von ihm übernommenen Verpflichtung nicht nach, so verletzt er dadurch die ihm gegenüber einem jeden der anderen Gesellschafter obliegende Vertragspflicht. Insbesondere ist er jedem von ihnen im Falle des Verzuges, soweit dem einzelnen Gesellschafter selbst ein Schaden entstanden ist, nach § 286 BGB. haftbar. Er hat vor allem die Aufwendungen, die dem anderen Gesellschafter dadurch entstanden sind, daß er seiner Ausgleichspflicht nicht nachgekommen ist, zu ersetzen. Der säumige Eigentümer ist daher dem zahlenden Eigentümer gegenüber nicht nur in Höhe des auf ihn entfallenden Anteils, sondern darüber hinaus auch insoweit ersatzpflichtig, als dem zahlenden Eigentümer ein höherer Verzugsschaden entstanden ist. Was den Umfang der Ersatzhypothek betrifft, so ist davon auszugehen, daß § 1173 Abs. 2 BGB. die Hypothek nur insoweit auf den befriedigenden Eigentümer übergehen läßt, als ein Ersatzanspruch besteht. Hier kann es sich aber nur um einen Übergang in Höhe der gesetzlich oder vertraglich bestehenden ursprünglichen Ausgleichspflicht handeln, nicht um darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche. Diese Auslegung entspricht allein dem Grundgedanken des § 1173 Abs. 2 BGB., der nicht Schadensersatzansprüche schlechthin sichern, sondern lediglich die Ausgleichung regeln will. Für Zinsansprüche, die ihre Begründung in einem besonderen Verzugsschaden finden, sowie für darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche, die dem zahlenden Eigentümer dadurch entstanden sind, daß der andere Eigentümer der von ihm in dem Gesellschaftsvertrag übernommenen Beitragsleistung nicht nachgekommen ist, gelangt daher die Ersatzhypothek gemäß § 1173 Abs. 2 BGB. nicht zur Entstehung[13]).

c) Hauptfälle, in denen ein Ersatzanspruch besteht.

Einer der Hauptfälle, in denen ein Ersatzanspruch besteht, ist der, daß sich der Eigentümer bei der Veräußerung eines Trennstücks dem Erwerber gegenüber verpflichtet hat, den Gläubiger einer Gesamthypothek, die auf dem Stammgrundstück und dem Trennstück ruht, zu befriedigen[14]). Häufig wird auch folgender Fall praktisch: Der Grundstückseigentümer, der gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, veräußert eins der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke oder ein Trennstück seines mit einer Einzelhypothek belasteten Grundstücks. Der Erwerber übernimmt dabei durch Vertrag mit dem Veräußerer die Hypothekenschuld des Veräußerers, für die die Gesamthypothek besteht, in Anrechnung auf den Kaufpreis. Genehmigt der Hypothekengläubiger die Schuldübernahme nicht, so bleibt der Veräußerer Schuldner gemäß § 415 BGB. Wenn

[11]) So Planck § 1173, 4a α, Biermann § 1173, 2a, Turnau-Förster II, 7, Lang S. 307 Anm. 122, Horn S. 182, Bruck S. 208, Koban S. 201, Beck S. 90 Anm. 103, Staudinger § 1173, II, OLG. Kiel in Seuff. Arch. 66 S. 272.

[12]) Vgl. KG. J. 47 S. 211, RGRK. § 1173 Anm. 6.

[13]) Entsprechend auch für den Ausgleich der Gesamtschuldner RGZ. 79 S. 290.

[14]) Prot. 3 S. 625 ff.

nun der Veräußerer den Gläubiger befriedigt, so steht ihm ein Ersatzanspruch gegen den Erwerber zu, da dieser ihm gegenüber die Hypothekenschuld übernommen und sich damit zur Ablösung dieser Schuld verpflichtet hat. Der Veräußerer hat daher in Höhe dieses Ersatzanspruchs eine Hypothek auch an dem Grundstück des Erwerbers gemäß § 1173 Abs. 2 BGB. erworben[15]).

b) Die Bedeutung des § 1173 BGB. gegenüber den Sondervorschriften der §§ 426 Abs. 2, 774, 268, 1150 BGB.

Bei einer Reihe von Fällen, in denen der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger auf Grund besonderer Vorschriften anderer Rechtsgebiete als des Hypothekenrechts Ersatz verlangen kann, hat sich die Streitfrage erhoben, ob § 1173 Abs. 2 BGB. ausschließlich anwendbar ist oder die besonderen Vorschriften Anwendung finden. In Frage kommen hier vor allem die Fälle der §§ 426 Abs. 2, 774, 268, 1150 BGB. In diesen Fällen erwirbt der zahlende Eigentümer, der zusammen mit den anderen Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke Gesamtschuldner, Mitbürge ist oder zu diesen im Verhältnis von Bürge und Hauptschuldner steht, die der Hypothek zugrunde liegende Forderung bereits nach den §§ 426 Abs. 2, 774 BGB. Brinck[16]) hat dieses Problem aufgeworfen, indem er vor allem auf die praktische Bedeutung der Beantwortung dieser Frage hinweist. Sind danach die schuldrechtlichen Vorschriften als Spezialbestimmungen gegenüber dem § 1173 BGB. maßgebend, sodaß sich die Hypothek infolge ihrer akzessorischen Natur nach dem Schicksal der persönlichen Forderung richtet, so muß, wie Brinck mit Recht ausführt, der befriedigende Eigentümer die Hypothek, soweit die Gläubigerforderung nach den §§ 426, II, 774, 268 BGB. auf ihn übergeht, an sämtlichen mit ihr belasteten Grundstücken erwerben. Ist dagegen für den Erwerb der Hypothek § 1173 BGB. entscheidend, so kann die Hypothek auf den befriedigenden Eigentümer nur an seinem eigenen Grundstück und soweit sie auf dem Grundstück der ersatzpflichtigen Eigentümer ruht, übergehen, nicht aber ist auch ein Erwerb der Hypothek insoweit möglich, als sie für die auf den befriedigenden Eigentümer übergegangene Forderung an sonstigen Grundstücken bestellt ist. Es kommt hinzu, daß, wenn man die schuldrechtlichen Bestimmungen als Spezialvorschriften anwendet, auf jeden Fall die ursprüngliche Forderung diejenige ist, die dem befriedigenden Eigentümer gegen den ersatzpflichtigen Eigentümer zusteht und somit der Hypothek zugrunde liegt. Für diese Fälle ist somit die weiter unten erörterte Streitfrage, welche Forderung der gemäß § 1173 Abs. 2 entstandenen Gesamthypothek zugrunde liegt, dahin entschieden, daß er in jedem Fall die ursprüngliche und nicht etwa die Ersatzforderung ist. Diese von Brinck vertretene Ansicht wird von der herrschenden Meinung abgelehnt[17]).

[15]) vgl. dazu RGZ. 81 S. 71, KGJ. 47 S. 215, RJA. 3 S. 96, 4 S. 267, RGRK. § 1173, 6.

[16]) S. 109 ff.

[17]) Planck § 1173, 4a α, Staudinger § 1173, 4e, Bruck S. 208, Turnau-Förster § 1173 Zif. 7, KG. in OLG. 9 S. 317, Beck S.90.

Gegenüber der herrschenden Meinung, die keine Begründung dafür gibt, daß die besonderen Vorschriften des Schuldrechts hinter § 1173 Abs. 2 BGB. zurücktreten, müssen die von Brinck entwickelten Gründe überzeugen. Der befriedigende Eigentümer erwirbt die Forderung gemäß den §§ 426 Abs. 2, 774 BGB. auf Grund der besonderen Vorschriften des Schuldrechts allein mit Rücksicht auf die Forderung. Anders ist z. B. die Regelung des § 1143 BGB., nach dem die Forderung auf den Eigentümer übergeht, falls der befriedigende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist. Diese Regelung ist in erster Linie mit Rücksicht auf die dingliche Hypothek erfolgt. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß gemäß § 1143 Abs. 1 Satz 2 BGB. die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 BGB. entsprechende Anwendung finden[18]). Es kommt hinzu, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, die Fälle, in denen eine Ausgleichspflicht bereits auf Grund besonderer schuldrechtlicher Bestimmungen besteht, unter Ausschluß dieser Vorschriften nur durch § 1173 Abs. 2 BGB. regeln zu wollen. § 1173 BGB. setzt den Ausgleichsanspruch und seinen Umfang als bestehend voraus. Einen Anhaltspunkt dafür, daß durch die Schaffung des § 1173 Abs. 2 BGB. erreicht werden sollte, daß die genannten Vorschriften des Schuldrechts in ihrer Wirkung beschränkt werden, ergeben weder der Wortlaut noch die Materialien des Gesetzes[19]).

c) Die Bedeutung der §§ 1150, 683, 684 BGB. für das Bestehen eines Ersatzanspruchs.

Für den Fall, daß einer der Grundstückseigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt, ohne daß besondere Vereinbarungen unter den Eigentümern bestehen, fragt es sich, ob nicht ein Ausgleichsanspruch gemäß § 1150 BGB. begründet ist. Dabei wird vorausgesetzt, daß der Hypo-

[18]) Vgl. im einzelnen Brinck S. 110: „Er (der befriedigende Eigentümer) erwirbt ja in den Tatbeständen des § 426 Abs. 2 BGB. usw. die Forderung zu den genannten Beträgen ohne Rücksicht, ob sie durch eine Hypothek an seinem eigenen Grundstück gesichert ist oder nicht. Der Erwerb der mit der Forderung verbundenen Nebenrechte, insbesondere der Hypotheken- und Pfandrechte, ist die Folge des Erwerbs der Forderung gemäß § 412 i. V. mit § 401 BGB. Bei dem Sachverhalte des § 1143 BGB., welcher allerdings der Regel des § 1173 BGB. untersteht, ist umgekehrt, wie die Motive zu § 1143 BGB. zweifelsfrei ergeben, der Erwerb der persönlichen Forderung die Folge des Erwerbs der Hypothek insofern als die Gesetzgeber in erster Linie die Feststellung trafen, der befriedigende nicht persönlich schuldende Eigentümer müsse die Hypothek am eigenen Grundstück erwerben, und erst in zweiter Linie sich dahin entschieden, die Hypothek mit der persönlichen Forderung auszustatten.
Für den Fall eines Erwerbs der ursprünglichen Forderung aus den Gründen des § 1143 Abs. 1 BGB. schreibt Abs. 2 ebenda die Geltung der Vorschrift im § 1173 BGB., wenn für die Forderung eine Gesamthypothek besteht, ausdrücklich vor. An einer entsprechenden Bestimmung für die jetzt in Rede stehenden Sachverhalte des § 426 Abs. 2 BGB. usw. fehlt es dagegen.

[19]) So im Ergebnis auch RGRK. § 1173, 6, Biermann in Arch.Bürg. R. Bd. 40, S. 323. Wegen der Rechtsfolgen, zu denen die hier vertretene Ansicht führt, vgl. Brinck S. 111.

thekengläubiger beabsichtigt, sich aus dem Grundstück eines der verschiedenen Eigentümer zu befriedigen und dieser die Forderung des Gläubigers bezahlt. Gemäß § 268 BGB., auf den § 1150 verweist, geht, soweit der Gläubiger befriedigt wird, die Forderung auf den befriedigenden Eigentümer über. Voraussetzung bei § 268 BGB. ist jedoch, daß das Lösungsrecht von einem Dritten ausgeübt wird, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand zu verlieren. Dies trifft hier nicht zu. Der befriedigende Eigentümer ist an den Grundstücken der anderen Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke nicht berechtigt. Sein Interesse bestand bei der Zahlung lediglich darin, die Zwangsvollstreckung in das eigene Grundstück abzuwenden. § 268 BGB. will ebenso wie § 1150 BGB. lediglich die Fälle regeln, in denen insbesondere gleich- und nachberechtigte Realgläubiger, Mieter, Pächter und Miteigentümer durch die Inanspruchnahme des Grundstücks ihr Recht verlieren würden. Ein Ersatzanspruch gemäß § 268 BGB. ist daher nicht gegeben.

Falls die Grundstückseigentümer keine Ausgleichsvereinbarungen getroffen haben, ist nach Zahlung durch einen Eigentümer an das Bestehen eines Ersatzanspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683, 684 BGB. zu denken.

§ 683 kann schon deswegen keine Anwendung finden, weil er voraussetzt, daß die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Wenn mehrere Grundstückseigentümer mit ihren Grundstücken für eine Gesamthypothek haften, ohne daß sie Ausgleichsvereinbarungen getroffen haben, und keiner von ihnen an Zahlung denkt, so ist keinesfalls anzunehmen, daß die Zahlung durch einen Eigentümer dem wirklichen Willen der nichtzahlenden Eigentümer entspricht. Ein Ersatzanspruch gemäß § 684 BGB. setzt voraus, daß eine Bereicherung der anderen Eigentümer durch die Zahlung eingetreten ist. Man kann jedoch nicht annehmen, daß durch die Zahlung eines der Eigentümer die anderen Eigentümer bereichert sind, weil die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung ihrer Grundstücke endgültig ausgeschaltet ist. Einmal steht nicht fest, welches der Grundstücke, die mit der Gesamthypothek belastet sind, in Anspruch genommen worden wäre; zum anderen kann man nicht sagen, daß die anderen Eigentümer Ausgaben in Höhe des von dem zahlenden Eigentümer aufgewendeten Betrages erspart haben, ohne daß eine Zahlungspflicht der anderen Eigentümer bestanden hat. Die Annahme der Voraussetzungen des § 684 BGB. würde auch dazu führen, daß § 1173 BGB. in seinem wesentlichen Umfang bedeutungslos werden würde, da ja, falls besondere Ausgleichsvereinbarungen nicht getroffen worden sind, stets § 684 BGB. anzuwenden sein würde.

Die herrschende Meinung kommt somit zu dem Ergebnis, daß in dem Fall, von dem wir ausgegangen sind, dem zahlenden Eigentümer ein Ausgleichsanspruch nicht zusteht, es sei denn, daß eine besondere vertragliche Vereinbarung zwischen den Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke getroffen worden ist. Befriedigt daher einer der verschiedenen Grundstückseigentümer den Gläubiger, so soll er

auf dem ganzen Betrag, den er geleistet hat, sitzen bleiben, während die anderen Eigentümer von der Hypothek in Höhe des gezahlten Betrages befreit sind, ohne zum Ausgleich gegenüber dem zahlenden Eigentümer verpflichtet zu sein.

4. Einzelne Versuche zur Begründung eines Ausgleichsanspruchs auch für den Fall, daß ein besonderer gesetzlicher oder vertraglicher Ersatzanspruch des zahlenden Eigentümers gegen die anderen Eigentümer nicht besteht.

In der Literatur ist nun der Versuch gemacht worden, entgegen der herrschenden Meinung einen Ausgleichsanspruch auch dann zu rechtfertigen, wenn eine Ausgleichsvereinbarung zwischen den verschiedenen Grundstückseigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke nicht getroffen worden ist.

In erster Linie sind die Meinungen hervorzuheben, die mit einer unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung des Ausgleichsgedankens des § 426 Abs. 1 BGB. arbeiten. Schmidt[20]) untersucht in seinem Aufsatz „Unechte Solidarität" die Rechtsverhältnisse, die zwischen mehreren Gesamtschuldnern, Bürgen, Mobiliar- und Immobiliareigentümern für den Fall bestehen, daß einer von ihnen den Gläubiger befriedigt. Es handelt sich insoweit um Fragen grundsätzlicher Bedeutung, die von einer umfangreichen Literatur erörtert worden sind[21]). Es würde den Rahmen meiner Aufgabe übersteigen, wollte man in eine grundlegende Prüfung der Rechtsbeziehungen mehrerer Sicherungsverpflichteter überhaupt eintreten. Die in diesem Zusammenhang in Literatur und Rechtsprechung erörterten Fragen können hier nur insoweit berücksichtigt werden, als sie zur Klärung der Rechtsverhältnisse, die zwischen den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke bestehen, beitragen. Es ist dabei aber zu beachten, daß die Frage der Ausgleichung unter mehreren Grundstückseigentümern zu einem gewissen Grade ein Teilproblem der Ausgleichspflicht verschiedener Sicherungspflichtiger überhaupt ist. Schmidt[22]) führt nun aus, daß, wenn aus den gesetzlichen Vorschriften oder aus vertraglichen Beziehungen zwischen den Gesamtschuldnern nichts über das Ausgleichsverhältnis zu entnehmen sei, die Regel des § 426 BGB. Platz greife, wonach die Ausgleichung nach gleichen Anteilen zu erfolgen habe. Dies gelte nicht nur für Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. sowie für Bürgen gemäß § 774 Abs. 2 BGB., sondern auch für das Verhältnis mehrer Pfänder zueinander, und zwar gleichgültig, ob es sich um Mobiliarpfänder oder um Immobiliarpfänder handle. Wenn auch zuzugeben sei, daß sowohl die Auffassung des Pfandrechts als eines ding-

---

[20]) Jherings J. 72 S. 1 ff.
[21]) vgl. dazu Planck § 1225, 2, Staudinger § 1225, 2 und die dort Zitierten.
[22]) S. 96.

lichen Verwertungsrechts[23]) sowie die der Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung[24]) mit der Annahme einer Gesamtschuldnerschaft bei einer Mehrheit von Pfand- oder Grundstückseigentümern unvereinbar sei, so sei doch der Grundgedanke des § 426 BGB., daß mehrere Personen, die dem identischen Interesse eines Gläubigers dienen, zu gleichen Anteilen haften sollen, auch hier anwendbar. Diese Auffassung werde für den Fall, daß mehrere Mobiliarpfänder zusammentreffen, durch § 1225 Satz 2 BGB. bestätigt, der auf die für mehrere Bürgen geltende Bestimmung des § 774 und insbesondere auf die Ausgleichsvorschrift des § 774 Abs. 2 BGB. verweise. Dasselbe, was für Bürgen gelte, gelte daher auch für Mobiliarpfänder und für Pfandrechte an Rechten gemäß § 1273 Abs. 2 BGB. Schmidt erkennt an, daß § 1173 BGB. sich mit der herrschenden Meinung so auslegen lasse, daß der Grundstückseigentümer A die Hypothek an dem Grundstück des mit ihm haftenden B nur dann erwerbe, wenn er einen besonderen obligatorischen Ausgleichsanspruch gegen ihn habe, der nicht schon daraus hergeleitet werden könne, daß beide für dieselbe Hypothek haften. Jedoch sei auch die Auffassung, daß der Ausgleichsanspruch sich bereits aus der Gesamthypothek ergebe, nicht mit dem Wortlaut des § 1173 BGB. unvereinbar. Daraus, daß die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer gemäß § 1173 Abs. 1 BGB. erlösche und nur in den Fällen des Abs. 2 dieser Bestimmung bestehe, könne nicht geschlossen werden, daß der Untergang der Hypothek an dem Grundstück des B die Regel und der Übergang nur die Ausnahme sei. Das Gesetz habe auch an anderen Stellen das, was tatsächlich die Regel sei, in einer Ausnahmevorschrift untergebracht. So z. B. sei der Satz des § 101 Ziff. 2 BGB. „andere Früchte insoweit als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden" tatsächlich die Ausnahme und das folgende die Regel. Entscheidend sei, daß der Unterschied zwischen persönlicher Schuld und dinglicher Haftung bedeutungslos sei. Falls man § 426 BGB. nicht unmittelbar anwenden wolle, müsse man ihn zum mindesten entsprechend anwenden. Breit[25]) schließt sich zwar der herrschenden Meinung an, daß nach § 1173 BGB. die Hypothek an den anderen Grundstücken nur dann auf den zahlenden Eigentümer übergehen könne, wenn diesem ein Ersatzanspruch zustehe, hält es aber auch für möglich, daß man in den §§ 774 Abs. 2, 1225 Satz 2 den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips sieht, nach dem mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleich verbunden sind. Diese Auffassung entspreche auch bei der Gesamthypothek einer ausgleichenden Gerechtigkeit am meisten. Es lasse sich auch schwerlich rechtfertigen, eine Ersatzpflicht nur bei mehreren Bürgen oder Mobiliarpfandeigentümern, nicht aber unter mehreren Grundstückseigentümern bei der Gesamthypothek anzuerkennen. Wenn in dem einen Falle die Billigkeit

[23]) so die herrschende Meinung vgl. RGRK. § 1147, 4, Staudinger § 1147, 12, Planck § 1147, 1, OLG. 35 S. 332, RJA. 11 S. 156, RGZ. 49 S. 106, 107, RGZ. 93 S. 236, ferner die bei Planck und Staudinger Zitierten.

[24]) Gierke Dt. Privatrecht II S. 852 ff.

[25]) Gruchot 48 S. 293.

die Gewährung eines Ersatzanspruchs gegen die Mitverpflichteten fordere, so müsse dies auch für den anderen Fall gelten.

Desgleichen stellt auch Bendix[26]) Billigkeitserwägungen in den Mittelpunkt seiner Ausführungen, indem er die Möglichkeit, daß derjenige Sicherungspflichtige, der den Gläubiger befriedigt, sich nicht an den Grundstücken der anderen Sicherungspflichtigen schadlos halten könne, für unbillig hält. Dies müsse nach ihm insbesondere auch für den Fall gelten, daß die Sicherheiten unabhängig voneinander und ohne Rücksicht auf einander bestellt worden seien. Bendix lehnt die Auffassung Breits, daß aus den §§ 774 Abs. 2 und 1225 Satz 2 auf das Bestehen eines allgemeinen Ausgleichsprinzips zu schließen sei, ab, da § 426 BGB. unmittelbar zur Anwendung komme. Träfen mehrere Sicherungspflichtige, Bürgen, Drittverpfänder und Eigentümer der für fremde Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücke zusammen, so liege ein Gesamtschuldverhältnis vor, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Sicherungen gemeinschaftlich mit Rücksicht auf einander oder unabhängig voneinander gestellt worden seien. In Höhe der Forderung, für die die Sicherheiten haften, sei jeder verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken, während der Gläubiger sie nur einmal beanspruchen könne. Die Beschränkung dieser Verpflichtung bei Immobiliarpfändern ändere an der Natur der solidarischen Haftung mehrerer Grundstückseigentümer, die mit den Pfandobjekten nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, nichts[27]). Den Ausführungen von Schmidt, Breit und Bendix soll zugegeben werden, daß, rein äußerlich betrachtet, die Lage sowohl bei mehreren Gesamtschuldnern wie auch bei mehreren Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke die gleiche ist. In beiden Fällen kann sich der Gläubiger an jeden der Gesamtschuldner oder an jedes Grundstück der voneinander verschiedenen Eigentümer halten und zwar ohne Beschränkung in voller Höhe, aber mit der Maßgabe, daß der Gläubiger in beiden Fällen die Leistung nur einmal verlangen bzw. sich nur in Höhe seiner Forderung, die durch die Gesamthypothek gesichert wird, an die belasteten Grundstücke halten kann. Schulz und Bendix übersehen dabei jedoch, daß die von ihnen zusammengestellten Fälle in keinem inneren Zusammenhang miteinander stehen. Der Gedanke des § 426 BGB., der auf das Gesamtschuldverhältnis Anwendung findet, kann nur auf solche Fälle unmittelbar oder entsprechend anwendbar sein, in denen mehrere Verpflichtete obligatorisch untereinander verbunden sind, darüber hinaus nur dann, wenn das Gesetz ausdrücklich die Anwendbarkeit des Ausgleichsgedankens des § 426 BGB. vorsieht. Geht man von dem System des bürgerlichen Gesetzbuchs aus, so ist streng zwischen einer schuldrechtlichen Verpflichtung und der

[26]) S. 90.

[27]) Staudinger § 1225 2b billigt die Ausführungen von Bendix und tritt ihnen schon wegen des nach seiner Ansicht befriedigenden Endergebnisses bei. Als übereinstimmend nimmt er auch auf die Ausführungen von Schulz, Rückgriff und Weitergriff, Bezug. Staudinger will damit jedoch nur, soweit die Anwendung des § 1225 BGB. in Frage steht, Bendix beitreten, nicht aber alle Konsequenzen aus der Auffassung von Bendix ziehen, da er sich gerade im Fall des § 1173 BGB. der herrschenden Auslegung dieser Bestimmung anschließt. (Staudinger § 1173 Anm. 4).

sachenrechtlichen Haftung zu scheiden. Dem Wesen des Pfandrechts widerstreitet es, schuldrechtliche Gesichtspunkte anwenden zu wollen. Die Rechtsnatur des Pfandrechts ist in Literatur und Rechtsprechung hinreichend geklärt. Daß den Eigentümer eine schuldrechtliche Verpflichtung in gleicher Weise wie den persönlichen Schuldner trifft, wird von keiner Seite behauptet. Die Auffassung, der Eigentümer schulde eine Leistung aus der Sache, die sich darauf stützen zu können glaubt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in verschiedenen Bestimmungen die Wendungen gebraucht hat, „daß eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist". (vgl. die §§ 1113, 1191, 1199 BGB.), ist endgültig überwunden. Die herrschende Meinung führt mit Recht an, daß eine ausreichende Erklärung der Ausdrucksweise des BGB. durch § 1147 gegeben wird, nach dem die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Die Hypothek gewährt daher dem Gläubiger lediglich ein Befriedigungsrecht, nicht aber einen Anspruch auf Leistung. Abzulehnen aber ist auch die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung[28]), die der Eigenart der Hypothek dadurch Rechnung zu tragen glaubt, daß sie annimmt, der Eigentümer schulde in voller Höhe, er hafte jedoch nur mit dem Pfandgegenstand. Schmidt[29]) muß selbst zugeben, daß auch bei Annahme der letzteren Absicht der Fall der Haftung mehrerer Grundstückseigentümer sich erheblich von demjenigen unterscheidet, in dem mehrere Gesamtschuldner zu einer Leistung verpflichtet sind. Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung von Rechtssätzen kann nur bei Tatbeständen in Frage kommen, die ihrem inneren Wesen nach miteinander verwandt sind, nicht aber bei solchen, die, wie die Gesamtschuldnerschaft und die Gesamthaft mehrerer Grundstückseigentümer völlig wesensverschieden und nur im Ergebnis hinsichtlich der Befriedigung des Gläubigers gewisse äußerliche Berührungspunkte miteinander haben.

Abzulehnen ist auch die von Breit[30]) angedeutete Lösung, daß die §§ 774 Abs. 2, 1225 Satz 2 lediglich der Ausdruck eines allgemeinen Prinzips seien, daß mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleich verbunden seien. Von den angeführten Einzelbestimmungen auf die Annahme eines allgemeinen Prinzips zu schließen, ist bedenklich. Daß die Vorschrift des § 426 BGB. auf das Verhältnis der Bürgen zueinander anwendbar ist, ist mit dem Wesen der Bürgschaft, die eine schuldrechtliche Verpflichtung des Bürgen begründet, durchaus vereinbar. Aber schon bei der Auslegung des § 1225 Satz 2 beginnen die Bedenken. Auch diese Frage sei nur angedeutet. Ob § 774 Abs. 2, der auf die Ausgleichspflicht der Gesamtschuldner nach § 426 BGB. verweist, auf das Verhältnis mehrerer Mobiliarpfandeigentümer anwendbar ist, ist außerordentlich bestritten. Planck[31]) weist mit überzeugenden Gründen nach, daß die von dem § 1225 Satz 2 ausgesprochene Verweisung nicht auch die Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB. in sich schließt. Der innere Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 426 BGB. auf das Verhältnis

[28]) vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 853 ff.
[29]) S. 97.
[30]) S. 293.
[31]) § 1225, 2c.

mehrerer Mobiliarpfandeigentümer liegt darin, daß diese im Gegensatz zu Gesamtschuldnern oder Mitbürgen eine Schuldverbindlichkeit überhaupt nicht übernommen haben[32]). Wenn schon im Verhältnis zwischen mehreren Mobiliarpfandeigentümern die Ausgleichsvorschrift des § 426 BGB. nicht anwendbar ist, so kann das Vorliegen eines allgemeinen Ausgleichsprinzips keineswegs angenommen werden. Aber selbst dann, wenn man hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 774 Abs. 2 bei § 1225 Abs. 2 anderer Meinung ist, würde die Annahme, daß in jedem Falle ein Ausgleichsanspruch unter den verschiedenen Grundstückseigentümern besteht, dem Wortlaut und dem Zweck des § 1173 entgegenstehen.

Auch der Gedanke der Annahme einer Zweckgemeinschaft allein kann nicht zu einer Ausgleichspflicht unter den Grundstückseigentümern führen. Die Zweckgemeinschaft ist nicht etwa ein selbständiges Rechtsverhältnis, das seine Rechtfertigung allein durch das Bestehen eines einheitlichen Zwecks findet. Das Vorhandensein der Zweckgemeinschaft ist vielmehr ein bloßes Kennzeichen für das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses, darüber hinaus kommt ihm keine selbständige Bedeutung zu[33]).

Betrachten wir nun den Versuch von Schulz[34]), eine Ausgleichsmöglichkeit unter den Eigentümern zu schaffen. Er geht davon aus, daß unter mehreren Gesamtschuldnern bzw. Bürgen gemäß §§ 426 und 774 BGB. eine Ausgleichspflicht besteht und ist der Ansicht, daß § 1173 Abs. 2 insoweit den vorgenannten Bestimmungen durch Auslegung angeglichen werden müsse.

Die Schwierigkeiten, die § 1173 einer Ausgleichsmöglichkeit in den Weg stelle, lassen sich durch folgende Auslegung beseitigen: „§ 1173 regele nur den Regreß auf Grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, nicht die Ausgleichung. Es sei allerdings richtig, daß der zahlende Eigentümer, der einen obligatorischen Ersatzanspruch gegen den anderen habe, die Hypothek unbedingt in Höhe dieses Ersatzanspruchs erhalte, und zwar unter Umständen in vollem Umfang, in dem sie der Gläubiger besessen habe. Über den Fall der Ausgleichung, d. h. wenn für beide Eigentümer die gesicherte Verbindlichkeit gleichmäßig eine fremde sei, bestimme das Gesetz nichts. § 1173 zwinge nicht zu einer gegenteiligen Annahme, sodaß in diesem Falle eine Ausgleichung stattfinden könne, und der zahlende Eigentümer die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer pro rata erwerbe".

Schulz versucht, die Ausgleichspflicht unter den Eigentümern aus der Tatsache, daß mehrere Eigentümer mit ihren Grundstücken nebeneinander haften, zu begründen. Er sieht davon ab, den Ausgleichsgedanken des § 426 BGB. anzuwenden. Der Auffassung von Schulz fehlt jedoch jede innere Begründung, indem er einen Ausgleichsanspruch ohne weiteres als gegeben voraussetzt. Es ist daher Schmidt[35]) recht zu geben, wenn er ausführt, daß die Ausgleichstheorie von Schulz der gesetzlichen Grundlage entbehrt[36]).

[32]) vgl. RGRK. § 1225, 2.
[33]) RGRK. § 421, 2b, Staudinger § 421, 2, RGZ. 77 S. 323.
[34]) S. 71.
[35]) S. 101.
[36]) Ebenso Strohal S. 88.

Einen anderen Lösungsversuch unternimmt Strohal[37]) Auch er geht grundsätzlich mit der herrschenden Meinung davon aus, daß ein Ausgleichsverhältnis unter den Grundstückseigentümern nicht allein dadurch gegeben sei, daß jeder dieser Grundstückseigentümer für dieselbe ihm fremde Schuld auf seinem Grundstück eine Hypothek bestelle. Strohal betont dann weiter, daß ein Ersatzanspruch ausgeschlossen sei, wenn es an einer entsprechenden Vereinbarung unter den Grundstückseigentümern fehle, und daß allgemeine Billigkeitserwägungen dagegen nicht durchdringen könnten. Strohal widerspricht sich aber selbst, indem er es in dem von ihm gebildeten Ausnahmefall letzten Endes doch wiederum auf Billigkeitserwägungen abstellt. Er bemerkt, daß man eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 1173 BGB. dann anerkennen müsse, wenn der Grundstückseigentümer, der durch die vollständige Befriedigung des Gläubigers die Durchführung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück abgewendet habe, einen Betrag geleistet habe, der den Wert seines Grundstücks übersteige. Soweit dies der Fall sei, erwerbe der zahlende Eigentümer auch die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer. Strohal geht dabei von der Annahme aus, daß der Regelung des § 1173 BGB. die Voraussetzung zugrunde liege, daß der Betrag der Forderung durch den Wert des Grundstücks des zahlenden Eigentümers gedeckt sei. Soweit dies nicht zutreffe, stehe dieser Eigentümer bezüglich des Eintritts in alle Rechte des befriedigten Gläubigers jedem anderen Interessenten gleich, der zu einer Einlösungszahlung berufen sei. Diese Gedankengänge finden im Gesetz ebensowenig einen Anhalt, wie die Auffassung von Schulz. Offenbar befürchtet Strohal, daß die von ihm gebilligte herrschende Auslegung des § 1173 BGB. zu besonderen Unbilligkeiten führen kann, die er durch seine Sonderlösung vermeiden will.

Wenn man sich überhaupt von Billigkeitserwägungen leiten läßt, dann muß man vor allem untersuchen, ob und inwieweit Billigkeitsgründe die Annahme eines Ausgleichsanspruchs fordern. Der Meinung, daß in der Praxis kaum ein Fall vorkommen werde, in dem nicht unter den Eigentümern oder gegenüber dem Rechtsvorgänger das Ausgleichsverhältnis schuldrechtlich geregelt wäre, tritt Strohal[38]) mit Recht entgegen. Er hält es geradezu für die Regel, daß auf einen Ausgleich gerichtete schuldrechtliche Vereinbarungen nicht getroffen werden. Gehen wir von dem Fall aus, daß mehrere Grundstückseigentümer ihre Grundstücke als Sicherheit für eine Forderung zur Verfügung stellen. Hier muß jeder von ihnen von Anfang an damit rechnen, daß der Gläubiger sich gerade an sein Grundstück hält. Wenn er sein Grundstück als Sicherung hergibt, dann tut er es in erster Linie aus seinem Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, indem er annimmt, daß eine Inanspruchnahme der von ihm gewährten Sicherung nicht erfolgen werde. Mit der Bestellung der Hypothek an seinem Grundstück hat der betreffende Eigentümer bereits über dasselbe verfügt und muß daher eine Inanspruchnahme seines Grundstücks in Kauf nehmen. Bei mehreren Gesamtschuldnern

[37]) Jhering J. 61 S. 91.
[38]) S. 92.

oder Mitbürgen ist eine Ausgleichung umsomehr berechtigt, als diese mit ihrem gesamten Vermögen für die gegen sie gerichtete persönliche Forderung haften, während bei mehreren Immobiliarpfandeigentümern das Risiko auf die einzelnen Grundstücke beschränkt ist. Billigkeitserwägungen können somit für diesen Fall einen Ausgleichsanspruch nicht rechtfertigen. Die Grundstückseigentümer sind auch nicht gehalten, den Gläubiger in voller Höhe seiner Forderung zu befriedigen und damit möglicherweise eine Zahlung zu leisten, die über den Wert ihrer Grundstücke hinausgeht, da ein schuldrechtlicher Anspruch gegen sie nicht besteht. Anders ist die Sachlage in dem Fall, von dem wir ausgegangen sind. Hier haben alle Parzellenkäufer lastenfrei sämtliche Parzellen des Grundstücks des Verkäufers erworben. Die Käufer haben gleichzeitig mit Vornahme der Kaufgeschäfte bzw. der Auflassungen den Kaufpreis gezahlt, vor Stellung des Antrages auf Eintragung der Erwerber ist jedoch das Grundstück mit einer Sicherungshypothek belastet worden. Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorherigen Tatbestand dadurch, daß die Grundstückseigentümer gegen ihren Willen die Parzelle mit der Sicherungshypothek belastet erworben haben. Es kann demgegenüber nicht eingewendet werden, daß der Erwerb der Parzellen auch hier auf dem freien Willen der Käufer beruht, da es von ihnen abhängt, ob sie sich als Eigentümer der Parzellen eintragen lassen wollen oder nicht. Die Erwerber, die den Kaufpreis bereits bezahlt haben, müssen notgedrungen, wenn sie überhaupt noch etwas retten wollen, das nehmen, was noch da ist. Und das ist eben das mit der Sicherungshypothek belastete Grundstück. Jeder der Erwerber kann damit rechnen, daß es unter ihnen zu einer Ausgleichsregelung hinsichtlich der Befriedigung des Gläubigers kommt, zumal in solchen Fällen anzunehmen ist, daß bei dem Verkäufer nichts zu holen ist. Kommt es aber dazu, daß jeder Eigentümer derartige Vereinbarungen ablehnt, in der Hoffnung, der andere Eigentümer werde von dem Gläubiger in Anspruch genommen, so liegt in der Tat ein Fall vor, bei dem die Verneinung einer Ausgleichungsmöglichkeit unbillig sein würde.

Thurnau-Förster[39]) geht davon aus, daß gemäß § 1173 Abs. 2 BGB. der Eigentümer, den den Gläubiger befriedigt, auch dann die Hypothek an dem Grundstück des anderen Eigentümers erwirbt, wenn er einen Ersatzanspruch gegen den Rechtsvorgänger des anderen Eigentümers hat. Turnau-Förster legt den Fall zugrunde, daß der Veräußerer A das Grundstück Nr. 3 an B, Nr. 10 an C und Nr. 20 an D verkauft, ohne mit einem der Käufer eine Vereinbarung über die Hypothek zu treffen. Wer von den drei Käufern den Gläubiger X befriedigt, erwirbt nach seiner Meinung die Hypothek an allen drei Grundstücken, und zwar an den Grundstücken der anderen Eigentümer deshalb, weil ihm ein Ersatzanspruch gegen deren Rechtsvorgänger A zusteht. In diesem Fall hat der Verkäufer die Hypothek an dem Grundstück des Käufers gemäß § 439 BGB. zu beseitigen. Jeder der Käufer hat daher gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Ablösung der Hypothek und damit für den Fall, daß er die Zwangsvollstreckung seines Grundstücks durch Befriedigung des Gläubigers abgewendet hat, auch einen Ersatzanspruch im Sinne

[39]) § 1173 Anm. 10 Nr. II, 2.

des § 1173 BGB. Darauf baut Turnau-Förster seine Auffassung auf, daß derjenige, der den Gläubiger befriedigt, die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwerbe. Diese Ansicht führt jedoch zu dem Ergebnis, daß der zuerst Zahlende die Hypothek an sämtlichen Grundstücken erwirbt und sich in voller Höhe der von ihm erfolgten Zahlung an dem Grundstück eines der anderen Eigentümer schadlos halten kann. Der von ihm in Anspruch genommene Eigentümer könnte sich dann wiederum, da ja auch für ihn der Veräußerer Rechtsvorgänger der weiteren vorhandenen Eigentümer ist, an diese halten, sodaß der letzte auf dem Schaden sitzen bliebe. Damit würde man zu einem Ergebnis gelangen, daß der Gesetzgeber gerade verhindern wollte, daß nämlich jeder der Eigentümer in der Lage ist, den Schaden auf den anderen abzuwälzen[40]).

Ein Ersatzanspruch wäre nur dann zuzulassen, wenn der andere Eigentümer später als der befriedigende Eigentümer sein mit der Gesamthypothek belastetes Grundstück von dem gemeinsamen Veräußerer erworben hat. Dieser Fall würde dann vorliegen, wenn der Veräußerer, der gleichzeitig persönlicher Schuldner zweier mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist, zunächst das Grundstück Nr. 1 an den A und daraufhin das Grundstück Nr. 2 an B veräußert, ohne daß er mit den Käufern eine Vereinbarung über die Hypothek getroffen hat. Wenn der Gläubiger von dem Eigentümer A befriedigt wird, so nimmt Strohal[41]) mit Recht an, daß der Übergang der Hypothek auch an dem Grundstück des B darauf beruht, daß A dem Verkäufer als dem Rechtsvorgänger des B bereits z. Zt. der Veräußerung des Grundstücks an B ausgleichsberechtigt war. In unserem Fall können diese Grundsätze jedoch keine Anwendung finden, da die Parzellenerwerber im Rahmen einer einheitlich durchgeführten Parzellierung die gekauften Parzellen erworben haben. Man kann es dabei nicht darauf abstellen, ob die Eintragung der Erwerber in ein und demselben Zeitpunkt erfolgt ist. Im Gegenteil wird es in der Praxis meist so sein, daß die Erwerber unabhängig voneinander zu verschiedenen Zeitpunkten als Eigentümer eingetragen werden. Entscheidend kann nur sein, ob die Veräußerungen im Rahmen eines einheitlichen Parzellierungsvorganges erfolgt sind, was nur unter Würdigung der gesamten Umstände festgestellt werden kann. Es kommt auch nicht darauf an, ob die einzelnen Käufer in Kenntnis voneinander aufgetreten sind.

5. Die Rechtfertigung eines Ausgleichsanspruchs aus dem Gesichtspunkt der Haftungsgemeinschaft.

Für unseren Fall wird somit eine befriedigende Lösung in der Literatur nicht gegeben. Das Ergebnis von Turnau-Förster, das zur endgültigen Haftung des zuletzt zahlenden Eigentümers führt, ist ebenso unerträglich wie die entgegengesetzte Annahme, daß der zuerst Zahlende auf dem

40) vgl. Prot. a.a.O.
41) S. 89.

Schaden sitzenbleiben oder gar endgültig die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer erwerben soll.

Entgegen der herrschenden Lehre soll der Versuch gemacht werden, einen Ausgleichsanspruch unter den verschiedenen Eigentümern für unseren Fall zu rechtfertigen. Mit Turnau-Förster wird davon ausgegangen, daß der Veräußerer Rechtsvorgänger eines jeden der Grundstückserwerber ist, sodaß diese von dem Veräußerer verlangen können, daß er sie von der Gesamthypothek befreit. Die Konkurrenz der den einzelnen Eigentümern zustehenden Ansprüche muß dazu führen, sie in ein Rechtsverhältnis miteinander zu bringen und somit zu einer Ausgleichung unter ihnen zu kommen. Zu einer Lösung dieser Schwierigkeiten wird man allerdings mit den bisherigen Auslegungsmethoden nur schwerlich gelangen können. Das Problem soll daher von einer anderen Seite aus gelöst werden, indem von der Grundlage des gesamten Rechtssystems im nationalsozialistischen Staat, nämlich von seinen gemeinschaftsmäßigen Bindungen ausgegangen wird.

Es kann nicht bestritten werden, daß die Auffassung, die einen Ersatzanspruch in unserem Falle ablehnt, auf einer individualistischen Denkweise beruht, die dem Gemeinschaftsgedanken widerstrebt, da jeder der Eigentümer den Gläubiger auf den anderen verweisen könnte, in der stillen Hoffnung, sein eigenes Grundstück werde nicht in Anspruch genommen. Es muß sich daher fragen, ob nicht die neue Erkenntnis, die das Recht nicht in erster Linie als Regelung der Beziehungen selbständig nebeneinander stehender Einzelpersönlichkeiten sondern als eine Erscheinungsform des Gemeinschaftslebens ansieht, ein anderes Ergebnis rechtfertigt.

Als Gegenpol zu der Gesellschaft ist die Gemeinschaft nicht ein bloßes Nebeneinander voneinander unabhängiger Einzelindividuen, sondern eine in innerer Verbundenheit bestehende Zusammenfassung von Menschen derart, daß auch die Handlungen des einzelnen von dem Gemeinschaftsgeist getragen sind[42]). Der Liberalismus hat mit seiner Anschauungsweise zu einer völligen Bindungslosigkeit des einzelnen, die nicht nur ein Nebeneinander, sondern regelmäßig sogar ein Gegeneinander zur Folge hatte, und damit zu einer Gegensätzlichkeit der Vorstellungswelt überhaupt geführt.

Mit dem Siege der nationalsozialistischen Revolution war es unausbleiblich, daß sich die gemeinschaftsmäßigen Vorstellungen auch auf dem Gebiete des Rechts durchsetzten. Zunächst wurde der Gemeinschaftsgedanke vor allem für das öffentliche Recht bestimmend, indem allein aus ihm heraus eine Erklärung der neuen Begriffe Führer, Gefolgschaft und Volksgemeinschaft möglich war. Überzeugend ist insbesondere von Höhn die Bedeutung der Gemeinschaft für das Recht als Rechtsbegriff nachgewiesen worden[43]).

42) Höhn Vom Wesen der Gemeinschaft S. 9.
43) Vgl. Höhn, Der individualistische Staatsbegriff u. die juristische Staatsperson S. 227, ders., Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, ders., Staat als Rechtsbegriff in DR. 1934 S. 323, 324, ders., Gemeinschaft als Rechtsprinzip in D.R. 34 S. 301, auch Wittich, Volk als Rechtsbegriff i. D.R. 34 S. 325.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß ebenso wie auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts so auch auf dem des Privatrechts der Gemeinschaftsgedanke beherrschend sein muß, da das Privatrecht kein selbständiges von anderen Rechtsgebieten abgeschlossenes Rechtsgebiet, sondern nur ein Teil der Gesamtrechtsordnung ist. Die Folge dieser Auffassung ist, daß die Rechtsstellung des einzelnen allein von der Gemeinschaft aus zu betrachten ist, sodaß nicht mehr die Interessenlage des einzelnen, sondern das Bedürfnis der Gemeinschaft entscheidend ist. Die Einzelpersonen stehen somit auch auf dem Gebiete des Privatrechts nicht mehr losgelöst nebeneinander, sondern sind auf der Grundlage der Gemeinschaft miteinander verbunden.

Der Umschwung im Denken, die Überwindung des Normativismus durch das Denken in konkreten Gemeinschaften und Ordnungen[43a]), hat zu einer Aufgabe althergebrachter Auslegungsmethoden und damit zu einer Lösung von starrer Gesetzestreue geführt. An Stelle der liberalen Anschauungswelt ist ein neues Rechtsempfinden getreten, das die überkommenen Normen durchdrungen und ihnen einen neuen Gehalt gegeben hat. Dies hat zur Folge, daß in allen Fällen, in denen Auslegungsschwierigkeiten bestehen, diese nicht von individualistischen Grundsätzen aus entschieden werden können, sondern von dem das gesamte Recht durchdringenden Gemeinschaftsgedanken aus[44]).

Wenn wir daher von unserem Fall ausgehen, so fragt es sich, ob sich eine Ausgleichung unter den Eigentümern durch Annahme einer unter ihnen bestehende Haftungsgemeinschaft annehmen läßt. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob eine derartige Annahme gegen den Grundgedanken und den Zweck der Bestimmung des § 1173 Abs. 2 BGB. verstoßen würde. § 1173 Abs. 2 sagt ganz allgemein, daß die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer nur dann auf den zahlenden Eigentümer übergeht, wenn diesem ein Ersatzanspruch zusteht. Wie bereits oben ausgeführt, ging die zweite Kommission davon aus, daß es billiger sei, daß der Eigentümer, der zuerst den Gläubiger befriedige, den Schaden trage, als daß der Schaden auf den zuletzt belangten Eigentümer sitzen bleibe. Diese Begründung trifft für einen großen Teil der Fälle in der Tat auch zu. Wenn mehrere Eigentümer nebeneinander aus freien Stücken ihre Grundstücke mit einer Gesamthypothek belasten, so tun sie es auf der Grundlage der zwischen ihnen und dem persönlichen Schuldner bestehenden Rechtsbeziehungen. Wenn einer der Eigentümer zahlt, weil die Inanspruchnahme seines Grundstücks droht, dann mag er sich wegen etwaiger Ersatzforderungen an den Schuldner halten. Dieses Beispiel zeigt, daß nicht in allen Fällen, in denen mehrere Grundstückseigentümer nebeneinander mit ihren Grundstücken haften, das Vorliegen eines Ausgleichsanspruchs unter ihnen zu rechtfertigen ist. Daß aber auch für besonders gelagerte Fälle, wie dem unsrigen, die Annahme eines Ersatzanspruchs und damit der Übergang der Hypohek an den Grundstücken der anderen Eigentümer ausgeschlossen werden sollte, ergeben weder der Wortlaut noch die Materialien

---

[43a]) Carl Schmitt, S. 17 ff.
[44]) Lange, S. 40/41.

des Gesetzes. Es steht keineswegs fest, daß man bei Schaffung des Gesetzes überhaupt an derartig gelagerte Fälle gedacht hat. Die zweite Kommission hat allerdings bewußt von einer gesetzlichen Ausgleichung ähnlich wie bei den Mitbürgen Abstand genommen. Dieses muß bei einer normativen Auslegungsmethode, die alle nur denkbaren Fälle unter die Norm unterzuordnen bestrebt ist, zu einer Ablehnung der Ausgleichung auch in unserem Fall führen. Geht man aber davon aus, daß das Gesetz keine lückenlose Regelung für alle nur denkbaren Fälle enthält, dann kann sich für besonders gelagerte Tatbestände, die nicht in den allgemeinen Rahmen hineinpassen, eine Sonderregelung rechtfertigen, die allerdings dem Grundgedanken und dem Wesen der Gesamthypothek nicht zuwiderlaufen darf.

Für die Annahme des Bestehens von Ausgleichungsansprüchen unter den verschiedenen Eigentümern sprechen vor allem folgende Gesichtspunkte: Die Haftung ist bei sämtlichen Eigentümern die gleiche. Das Grundstück eines jeden Eigentümers kann bis zum vollen Betrage der Forderung des Gläubigers in Anspruch genommen werden. Desgleichen ist auch der Entstehungsgrund der Haftung bei allen Eigentümern identisch, da sie sämtlich lastenfrei ihre Parzellen gekauft haben und durch Eintragung der Zwangshypothek, die bei Abschluß der Kaufverträge nicht voraussehbar war, die Parzellen nur belastet mit der Hypothek übernehmen konnten. Damit ist auch die Gleichheit der wirtschaftlichen Zwangslage bei allen Eigentümern gegeben, durch die die Eigentümer zu einer Schicksalsgemeinschaft verbunden sind. Schließlich bestehen unter den verschiedenen Eigentümern insofern Rechtsbeziehungen, als der Veräußerer der Rechtsvorgänger eines jeden der anderen Eigentümer ist und daher ein jeder der Eigentümer einen Ersatzanspruch in voller Höhe gegen die anderen Eigentümer hat. Da das Gesetz für diesen Fall besondere Ausgleichsbestimmungen nicht getroffen hat, so kann dies nicht zur Folge haben, daß es bei der Norm des § 1173 Abs. 2 verbleiben muß, wonach der zuerst Zahlende den Schaden endgültig zu tragen hat. Die Tatsache, daß der Veräußerer Rechtsvorgänger eines jeden der verschiedenen Eigentümer ist und jeder der Eigentümer einen Ersatzanspruch in voller Höhe gegen die anderen Eigentümer hat, macht, falls ein Eigentümer Zahlung leistet, eine Ausgleichung unter sämtlichen Eigentümern notwendig, indem die verschiedenen Ansprüche in ein rechtliches Verhältnis zueinander gebracht werden müssen. Dies führt zu einer Zusammenfassung der Eigentümer zu einer Haftungsgemeinschaft, die im Innenverhältnis der Eigentümer untereinander die Verteilung der Haftung rechtfertigt. Der Annahme eines Gemeinschaftsverhältnisses besonderer Art unter den Eigentümern steht nicht entgegen, daß diese einem Ausgleich abgeneigt sind. Das Vorliegen einer Gemeinschaft setzt keineswegs voraus, daß jeder Angehörige der Gemeinschaft bereit ist, im Sinne des Gemeinschaftsgedankens zu handeln. Entscheidend ist lediglich, daß die eine Gemeinschaft begründenden Voraussetzungen vorliegen. Gehen wir zum Beispiel von der Betriebsgemeinschaft aus, dann ist die Tatsache des Vorhandenseins der Gemeinschaft bedingt durch die Zugehörigkeit von Arbeitnehmern zu einem Betrieb. Auch die Erbengemeinschaft ist (als Gesamthandsgemeinschaft) eine Gemeinschaft auch dann, wenn ihre Mitglieder wider ihren Willen Erben und

damit Angehörige der Gemeinschaft geworden sind. Die unter den Grundstückseigentümern bestehende Haftungsgemeinschaft hat somit für den Fall, daß einer der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, eine Ausgleichung unter den Eigentümern zur Folge.

6. Die Durchführung der Ausgleichung.

Nachdem wir die Frage, ob ein Ausgleich unter den Eigentümern zu erfolgen hat, bejaht haben, soll auch dazu Stellung genommen werden, in welcher Form der Ausgleich stattzufinden hat. In der Literatur werden vor allem gegen die Annahme einer Ausgleichsmöglichkeit die Bedenken erhoben, daß sich ein richtiger Maßstab für die Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke nicht finden lasse. Demgegenüber ist festzustellen, daß die Voraussetzungen für einen gerechten Verteilungsmaßstab, der auch den Bedürfnissen der Praxis entspricht, aus dem Gesetz selbst zu entnehmen sind. Gemäß § 1172 BGB. steht die Gesamthypothek in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung kann, sofern nicht ein anderes vereinbart worden ist, jeder Eigentümer verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnis des Wertes seines Grundstücks zu dem Wert der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1132 Abs. 2 beschränkt wird, wobei der Wert unter Abzug der Belastungen berechnet wird, die der Gesamthypothek im Range vorgehen. Es liegt der Gedanke nahe, diese Ausgleichsregelung auch für unseren Fall Platz greifen zu lassen. Der Fall des § 1172 BGB. unterscheidet sich von dem im § 1173 Abs. 2 geregelten Tatbestand dadurch, daß dort den Grundstückseigentümern die Gesamthypothek gemeinschaftlich zusteht, unter ihnen also eine Gemeinschaft besteht, die von vornherein nach Auseinandersetzung strebt, während hier die verschiedenen Grundstückseigentümer nicht gemeinschaftlich berechtigt sind, sondern gemeinschaftlich mit ihrem Grundstück haften. Das beiden Fällen Gemeinsame ist aber das Vorhandensein einer Gemeinschaft, im Falle des § 1172 einer Aktivgemeinschaft, in unserem Fall das Bestehen einer passiven Haftungsgemeinschaft. Gemeinschaftlich ist bei den Fällen ferner der Grundgedanke der Notwendigkeit einer Ausgleichung unter den verschiedenen Grundstückseigentümern. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Voraussetzungen für die Ausgleichungen durch Zahlung aller Eigentümer (§ 1172) oder durch Zahlung eines oder eines Teils sämtlicher Eigentümer geschaffen werden. In beiden Fällen handelt es sich um die Entscheidung der Frage, welch angemessener Teilbetrag der Hypothek auf jeden der Eigentümer, sei es zu seinen Gunsten oder zu seinen Lasten zu entfallen hat. Das Ergebnis wird an folgendem Beispiel deutlich:

Nehmen wir an, daß an den Grundstücken A, B und C eine Gesamthypothek von 30.000,— RM besteht. Die drei Grundstücke sollen unter Abzug der vorhergehenden Belastungen folgende Werte haben: Das Grundstück A 10.000,— RM, das Grundstück B 20.000,— RM

und das Grundstück C 30.000,— RM. Nach § 1172 Abs. 2 entfällt auf jedes Grundstück der Teilbetrag der Hypothek, der dem Verhältnis des Werts dieses Grundstücks zu dem Wert der sämtlichen Grundstücke entspricht. Bei einer gemäß § 1172 Abs. 2 BGB. stattfindenden Verteilung würden auf das Grundstück A 5.000,— RM, auf B 10.000,— RM und auf das Grundstück C 15.000,— RM entfallen.

Eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze kann jedoch nicht dazu führen, daß der zahlende Eigentümer in dem Fall des § 1173 BGB. gegen die anderen Eigentümer einen Anspruch darauf hat, daß die Gesamthypothek an sämtlichen Grundstücken in einem entsprechenden Verhältnis verteilt wird oder daß darüber hinaus der zahlende Eigentümer des Grundstücks A eine Hypothek von 10.000,— RM an dem Grundstück des B und eine von 15.000,— RM an dem des C erwirbt. Die gemäß § 1172 Abs. 2 entsprechend vorzunehmende Verteilung bedeutet vielmehr, daß der Eigentümer des Grundstücks A, der den Gläubiger befriedigt hat, in Höhe von 5.000,— RM, welcher Betrag dem auf sein Grundstück entfallenden Anteile der Gesamthypothek entspricht, keinen Ersatzanspruch gegen die Eigentümer der anderen Grundstücke hat. Der Eigentümer des Grundstücks A kann daher nur in Höhe von 25.000,— RM von den anderen Grundstückseigentümern Ersatz verlangen, sodaß er auch in dieser Höhe eine Gesamthypothek an den Grundstücken B und C erwirbt. Die Annahme von Einzelhypotheken an den Grundstücken B und C würde auch der Bestimmung des § 1173 Abs. 2 BGB. widersprechen, wonach bei Bestehen eines Ersatzanspruchs in jedem Fall eine Gesamthypothek zur Entstehung gelangt. Befriedigt nun der Eigentümer des Grundstücks B den des Grundstücks A, so hat er gegen den Eigentümer des Grundstücks C einen Ersatzanspruch von 15.000,— RM, da dieser Betrag wertmäßig auf das Grundstück C entfällt.

Dieses Ergebnis führt auch in der Praxis zu keinen besonderen Schwierigkeiten, da § 1173 Abs. 2 stets erfordert, daß dem Grundbuchrichter das Bestehen des Ersatzanspruchs in einer für den Grundbuchverkehr geeigneten Form nachgewiesen wird. Dabei ist vor allem der Nachweis notwendig, daß die Eigentümer der anderen Grundstücke den Ersatzanspruch des Eigentümers, der den Gläubiger befriedigt hat, anerkennen. Falls die ersatzpflichtigen Eigentümer die Abgabe einer derartigen Anerkenntniserklärung ablehnen, bleibt nur die Möglichkeit, Klage auf Abgabe einer Zustimmungserklärung zu der erforderlichen Berichtigung des Grundbuchs zu erheben[45]). Es ist allerdings richtig, daß die Errechnung des Wertanteils größere Schwierigkeiten verursacht, als die Bestimmung des Ersatzanspruchs, die auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung erfolgt. Aber die Schwierigkeiten sind nicht größer als im Falle des § 1172 Abs. 2 BGB. Fraglich kann es nur sein, welcher Zeitpunkt der Wertberechnung zugrunde zu legen ist. Bei § 1172 BGB. ist die Frage von der herrschenden Meinung dahin entschieden worden, daß für die Feststellung des Werts des Grundstücks und des Umfangs der abzuziehenden

[45]) Vgl. Güthe-Triebel S. 608, OLG. 12, S. 259; 9 S. 317, Bayr. OLG. in Seuff Bl. 10 S .325.

Belastungen die Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld maßgebend ist[46]).

Das gleiche muß auch hier gelten. Es kommt für die Wertberechnung somit darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt hat, da mit diesem Augenblick der Ersatzanspruch und mit ihm die Gesamthypothek zur Entstehung gelangt.

7. Die Natur des Rechtsverhältnisses, das entstanden ist, wenn einzelne, aber nicht alle der voneinander verschiedenen Eigentümer gemeinschaftlich den Hypothekengläubiger befriedigen.

Hier wird davon ausgegangen, daß nicht jeder einzelne der zahlenden Eigentümer einen unterscheidbaren Teilbetrag zahlt, sondern daß sie in der Gesamtheit gegenüber dem Gläubiger auftreten, ohne daß unterschieden werden kann, wer diesen oder jenen Teilbetrag gezahlt hat. Dieser Fall wird weder im § 1173 noch im § 1172 ausdrücklich geregelt. Wie wir oben gesehen haben, ist hinsichtlich der Rechtsfolgen, die durch die Zahlung eintreten, § 1173 BGB. anwendbar, da diese Bestimmung gerade die Frage regeln will, welches Schicksal die Hypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer nimmt. Es ist aber weiter zu untersuchen, in welchen Rechtsbeziehungen die zahlenden Eigentümer untereinander stehen. Dies soll an folgendem Beispiel deutlich gemacht werden. Die Grundstücke der Eigentümer A, B, C und D sind mit einer Gesamthypothek belastet. A und B befriedigen den Eigentümer. § 1173 BGB. ist hier nur insoweit anwendbar, als es sich um die Frage der Stellung der befriedigenden Eigentümer zu den nichtzahlenden Eigentümern handelt. § 1173 BGB. sagt jedoch nichts darüber, welches Rechtsverhältnis unter den gemeinschaftlich zahlenden Eigentümern begründet worden ist. Es fragt sich, ob insoweit § 1172 unmittelbar oder entsprechend angewendet werden kann.

§ 1172 Abs. 1 bestimmt, daß eine Gesamthypothek in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zusteht. Absatz 2 dieser Bestimmung regelt die Ausgleichung, auf die wir bereits oben eingegangen sind. Hinsichtlich der Natur des Rechtsverhältnisses, in dem die gemeinschaftlich zahlenden Eigentümer stehen, werden 3 Ansichten vertreten, von denen jede für sich wiederum in ihren Folgerungen nicht einheitlich ist. Dadurch wird eine Verwirrung hineingetragen, die der Klärung bedarf. Das Gesetz selbst schweigt über die Natur des Rechtsverhältnisses, desgleichen geben auch die Protokolle keine Auskunft[47]).

Die erste Auffassung steht auf dem Standpunkt, daß die Eigentümer in einer Bruchteilsgemeinschaft gemäß § 741 BGB. miteinander stehen[48]). Endemann geht von einer rein wörtlichen Auslegung aus, indem er sagt, daß das Wort „gemeinschaftlich" in den §§ 1172, 1175 und 741 auf die

[46]) Vgl. RGRK. 4 zu § 1172, Planck 4 b zu § 1172.

[47]) Prot. Band 3, S. 628 u. 629.

[48]) Endemann, II, 1 § 124, 4a, S. 818, RGRK. § 1172, 1, Predari § 417,

Gemeinschaft nach Bruchteilen hindeute, dagegen die Worte gemeinschaftliches Vermögen, Eigentum usw. auf das Vorhandensein einer Gemeinschaft zur gesamten Hand. Endemann und der Kommentar der Reichsgerichtsräte gehen von der Bestimmung des § 741 BGB. aus, indem sie sagen, daß jede Gemeinschaft eine Teilgemeinschaft sei, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergebe. Aus Abs. 1 und Abs. 2 des § 1172 ergebe sich jedoch ein anderes nicht. Sie erkennen aber an, daß aus § 1172 Abs. 2 zu entnehmen sei, daß für die Anteile der Teilhaber hier ein „anderes" als der § 741 für den Zweifelsfall bestimme, zu gelten habe. Die Anteile seien danach nicht einander gleich, sondern von vornherein gleich dem Teilbetrag der Hypothek, der sich aus dem Wertverhältnis des § 1172 Abs. 2 ergebe.

Die zweite Auffassung hält die nach § 1172 bestehende Gemeinschaft für eine Gemeinschaft zur gesamten Hand[49]).

Die dritte Ansicht nimmt eine Gemeinschaft sui generis an[50]).

Die konsequenten Vertreter dieser 3 Ansichten kommen zu folgendem Ergebnis: Diejenigen, die ein Gesamthandsverhältnis annehmen, gehen davon aus, daß der einzelne Eigentümer weder über seinen Anteil an der Gesamthypothek verfügen kann, noch die Hypothek, soweit sie an seinem Grundstück ruht, löschen lassen kann. Die Vertreter der Auffassung, daß eine Bruchteilsgemeinschaft vorliegt, müssen folgerichtig annehmen, daß der einzelne Eigentümer über seine Quote an der gemeinschaftlichen Hypothek verfügen kann und auch die Hypothek an seinem eigenen Grundstück löschen lassen kann.

Diejenigen, die eine Gemeinschaft sui generis annehmen, gehen davon aus, daß der einzelne Eigentümer zwar über seinen Anteil an der Gesamthypothek verfügen kann, nicht aber die Hypothek, soweit sie an seinem Grundstück ruht, löschen lassen kann.

Von folgenden Schriftstellern werden jedoch die aus ihren Theorien zu ziehenden Folgerungen nicht vertreten.

Der Reichsgerichtsrätekommentar führt aus, daß die Bestimmung des § 747 BGB., nach der jeder Gemeinschafter über seinen Anteil verfügen könne, nicht anwendbar sei, da ohne vorherige Verteilung der Hypothek gemäß § 1172 Abs. 2 die Verfügung über einen Anteil deshalb nicht durchführbar sei, weil er nicht feststehe. Auch könne der einzelne Eigentümer die Hypothek nicht ohne Zustimmung der anderen auf seinem Grundstück löschen lassen, da hierin eine Verfügung über das Recht im ganzen enthalten sei. Güthe-Triebel, der gleichfalls eine Bruchteilsgemeinschaft annimmt, hält wohl eine Verfügung über den Anteil der Hypothek, nicht aber eine Löschung an dem Grundstück eines Eigentümers ohne Zustimmung der anderen für möglich.

Güthe-Triebel § 22 Anm. 14.

[49]) So Gierke II, § 167, V 7, Staudinger § 1172, 1b, Biermann § 1172, 1b, Horn S. 179, Beck S. 85, Bruck S. 202 ff.

[50]) So Planck § 1172, 3b, Brinck S. 149, im Ergebnis auch Turnau-Förster § 1172 Anm. 2.

Lang[51]), der sich eindeutig keiner der drei Auffassungen angeschlossen hat, nimmt an, daß der einzelne Eigentümer zwar kein Verfügungsrecht habe, er aber die Hypothek an seinem eigenen Grundstück löschen lassen könne. Lang legt dabei zugrunde, daß der Anteil des Eigentümers ausschließlich in der auf seinem eigenen Grundstück lastenden Zweighypothek bestehe. Dies ergebe sich daraus, daß bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft der Anteil eines Eigentümers sich stets auf die Hypothek an seinem eigenen Grundstück beschränke und niemals ein Stück der auf den anderen Grundstücken ruhenden Hypothek ergreifen könne.

Die reine Wortinterpretation Endemanns, der von der Bedeutung des Wortes gemeinschaftlich ausgeht, kann zu keinem Ergebnis führen. Es ist richtig, daß grundsätzlich nach § 741 BGB., falls ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, eine Gemeinschaft nach Bruchteilen vorliegt, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Daß diese Ansicht dazu führt, daß jeder einzelne Eigentümer über den Anteil an der Hypothek verfügen und auch die Hypothek an seinem Grundstück ohne weiteres löschen lassen kann, wird lediglich von Predari[52]) vertreten. Die Meinung Predaris, die Gesamthypothek sei in Wahrheit nichts anderes als die Summe der bis zur rechnungsmäßigen Feststellung latenten Einzeleigentümerhypotheken, steht mit § 1172 in Widerspruch, nach dem eine wirkliche Gesamthypothek den Eigentümern gemeinschaftlich zusteht und gemäß Abs. 2 jeder Eigentümer lediglich das Recht hat, Verteilung zu verlangen. Durch nichts begründet ist auch die Auffassung von Lang[53]), daß der Anteil des einzelnen Eigentümers ausschließlich in der Zweighypothek besteht, die auf seinem Grundstück lastet. Wenn man aus der Annahme einer Gemeinschaft nach Bruchteilen heraus eine Löschung der Hypothek an dem Grundstück eines Eigentümers ohne Zustimmung der anderen für möglich hält, so wird übersehen, daß, wie der Kommentar der Reichsgerichtsräte[54]) mit Recht ausführt, in der Löschung eine Verfügung über das Recht im ganzen, nämlich hinsichtlich des Gegenstandes der Haftung, liegt. Insoweit können daher die Grundsätze der Bruchteilsgemeinschaft keine Anwendung finden. Desgleichen aber auch dann nicht, wenn die Verfügung über den Anteil an der Gesamthypothek durch einen der Eigentümer in Frage steht. Wenn der RGRK. eine derartige Verfügung ablehnt, so kommt er zu dem Ergebnis, daß die Grundsätze über die Bruchteilsgemeinschaft in ihren wesentlichen Teilen nicht anwendbar sind. Folgerichtiger ist daher die Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft. Es ist allerdings richtig, daß allein das Vorliegen einer Gesamthandsgemeinschaft noch nicht die Entscheidung darüber bedeutet, ob der einzelne Eigentümer über seinen Anteil verfügen kann oder nicht, da die drei Gesamthandsverhältnisse des bürgerlichen Rechts, die Gesellschaft, die allgemeine Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft insoweit unterschiedlich geregelt sind. Gemäß § 2033 BGB. ist dem Miterben die Verfügung über seinen Anteil gestattet, während weder der Gesellschafter gemäß

[51]) vgl. ArchZivPrax. 89 S. 295 Anm. 100.
[52]) a.a.O.
[53]) a.a.O.
[54]) vgl. § 1172, 1.

§ 719 BGB. noch der Ehegatte der ehelichen Gütergemeinschaft nach § 1442 BGB. über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen bzw. am Gesamtgut verfügen können. Ganz abgesehen davon, daß man die Regelung des § 2033 als eine Ausnahme von dem in den Bestimmungen des Gesamthandsrechts zum Ausdruck gekommenen Grundsatz des Verfügungsverbots ansehen kann, ergibt sich der Ausschluß der Verfügungsmöglichkeit des einzelnen Eigentümers vor Teilung der Hypothek bereits aus § 1172. Die Tatsache, daß dem einzelnen Eigentümer gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung lediglich ein Anspruch auf Beschränkung zusteht, zeigt, daß das Gesetz vor der Auseinandersetzung eine Teilgemeinschaft nach Hypothekenquoten nicht anerkennt[55]).

Diese Grundsätze lassen sich zwanglos auch auf den Fall anwenden, daß mehrere, aber nicht alle Eigentümer den Gläubiger gemeinschaftlich befriedigen. Insoweit wird an der Bestimmung des § 1173, der lediglich die Frage regelt, unter welchen Voraussetzungen der zahlende Eigentümer die Hypothek erwirbt, nichts geändert, da es sich hier nur darum handelt, in welchen Rechtsbeziehungen die mehreren Eigentümer, die die Hypothek unter den Voraussetzungen des § 1173 erworben haben, untereinander stehen. Die mehreren Eigentümer, die Zahlung geleistet haben, befinden sich damit in einer Gesamthandsgemeinschaft, in der der einzelne Eigentümer weder befugt ist, über seinen Anteil an der Hypothek vor der Verteilung zu verfügen, noch die Hypothek, soweit sie auf seinem Grundstück lastet, löschen zu lassen. Hinsichtlich der Verteilung der Hypothek, insbesondere des Anspruchs auf Beschränkung ist § 1172 Abs. 2 entsprechend anwendbar.

8. Die Rechtsnatur der gemäß § 1173 Abs. 2 BGB. entstandenen Gesamthypothek.

Zu der Frage der rechtlichen Natur der Hypothek, die gemäß § 1173 Abs. 2 an dem eigenen Grundstück des zahlenden Eigentümers sowie den Grundstücken der anderen Eigentümer im Falle des Bestehens eines Ersatzanspruchs gegen diese entstanden ist, besteht eine umfangreiche Literatur. Gemäß § 1173 Abs. 1 erwirbt der zahlende Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück und nach Absatz 2 dieser Bestimmung geht in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruchs die Hypothek an den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer auf ihn über, die mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek ist. Außerordentlich bestritten ist die Frage, welcher Art die Forderung ist, die der Gesamthypothek zugrunde liegt und ob überhaupt in jedem Fall der Gesamthypothek eine Forderung zugrunde liegen muß.

Zwei Hauptansichten sind zu unterscheiden. Der erste Kreis der Meinungen geht von dem Grundsatz der Einheit aus. Er besagt, daß der Hypothek, die als Gesamthypothek an dem Grundstück des ersatzberechtigten und des ersatzpflichtigen Eigentümers besteht, entweder die ursprüngliche Forderung oder die Ersatzforderung zugrunde liegt oder die Hypothek

[55]) Vgl. dazu Bruck S. 202 ff.

schließlich forderungslose Eigentümergrundschuld ist. Der zweite Kreis von Meinungen vertritt den Grundsatz der Trennung. Danach kann die Gesamthypothek z. T. Eigentümergrundschuld z. T. Fremdhypothek sein, z. T. kann ihr die ursprüngliche Forderung z. T. die Ersatzforderung zugrunde liegen.

Die Meinungen, die den Grundsatz der Einheit vertreten, lassen sich wiederum in drei Unteransichten scheiden, die im folgenden mit Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 bezeichnet werden sollen.

Die Ansicht Nr. 1 geht davon aus, daß in jedem Fall der gemäß § 1173 Abs. 2 entstandenen Gesamthypothek die Ersatzforderung zu Grunde liege. Es ist nach dieser Auffassung auch gleichgültig, ob der befriedigende Eigentümer gleichzeitig persönlicher Schuldner ist oder nicht[56]).

Die Ansicht Nr. 2 scheidet, ob der zahlende Eigentümer gleichzeitig persönlicher Schuldner ist oder nicht. Ist er gleichzeitig persönlicher Schuldner, so erlischt nach ihr die Forderung durch Befriedigung. Der Eigentümer erwirbt an seinem eigenen Grundstück eine Eigentümerhypothek, die Eigentümergrundschuld ist. Die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers würde an und für sich Fremdhypothek für die Regreßforderung sein. Da diese beiden Hypotheken aber zu einer Gesamthypothek gemäß § 1173 Abs. 2 BGB. verbunden seien, 2 Forderungen der Gesamthypothek nicht zugrunde liegen könnten, müsse die Tatsache entscheidend sein, daß an dem Grundstück des ersatzberechtigten Eigentümers eine Eigentümergrundschuld entstanden sei. Aus dem Grundsatz der Einheit heraus könne daher auch der Rückgriffshypothek keine Forderung zugrunde liegen, sodaß die Gesamthypothek in Wirklichkeit Gesamtgrundschuld sei. Damit werde der Tatsache, daß an dem Grundstück des zahlenden Eigentümers eine Grundschuld entstanden sei, gleichzeitig aber auch der Einheitlichkeit der Gesamtbelastung Rechnung getragen.

Ist der zahlende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so erwirbt er nach dieser Auffassung gemäß § 1143 die Hypothek an seinem eigenen Grundstück für die ursprüngliche Forderung, sodaß unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit auch der Gesamthypothek die ursprüngliche Forderung zugrunde gelegt wird[57]).

Die Ansicht Nr. 3 unterscheidet gleichfalls, ob der zahlende Eigentümer persönlicher Schuldner ist oder nicht. Ist der zahlende Eigentümer persönlicher Schuldner, so wird angenommen, daß die Gesamthypothek für die Ersatzforderung haftet. Dafür soll der Wortlaut des § 1173 sprechen. Für den Fall, daß der zahlende Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, gehen auch die Vertreter dieser Ansicht davon aus, daß die Hypothek für die ursprüngliche Forderung haftet[58]).

Demgegenüber geht der 2. Kreis der Meinungen von dem Grundsatz der Trennung aus. Diese Auffassung wird mit Nr. 4 bezeichnet.

---

[56]) So RGRK. § 1173, 7, Planck § 1173, 4b β, RGZ. 81, S. 80—81.
[57]) So Turnau-Förster § 1173, II, 5, Predari S. 414—415, Güthe-Triebel § 22 Anm. 15, Horn S. 186 ff., Bruck S. 210, 211, Beck S. 93, Brinck S. 95.
[58]) So Kretzschmar § 1173, 6.

Nach der Ansicht Nr. 4 soll die Gesamthypothek, soweit sie an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers ruht, stets für den gegen diesen bestehenden Ersatzanspruch haften, ohne Rücksicht darauf, ob der zahlende Eigentümer persönlicher Schuldner ist oder nicht. Im Gegensatz dazu, soll die Hypothek an dem Grundstück des ersatzberechtigten Eigentümers Eigentümergrundschuld gemäß §§ 1163, 1177 Abs. 1, oder Hypothek für die ursprüngliche Forderung sein, je nachdem, ob der zahlende Eigentümer gleichzeitig persönlicher Schuldner ist oder nicht[59]). Der Hauptvertreter Biermann gibt zu, daß eine Gesamthypothek Einheitlichkeit der Forderung voraussetzt. Er ist aber der Meinung, daß § 1173 Abs. 2 lediglich das Bestehen einer Gesamthypothek fingiert, sodaß in Wirklichkeit mehrere Rechte nebeneinander bestehen[60]). Von diesen Auffassungen sind die Ansichten Nr. 2—4 abzulehnen.

Die Ansicht Nr. 4, die von dem Grundsatz der Trennung ausgeht, ist unhaltbar, da sie der Natur der Gesamthypothek widerspricht. Es ist begrifflich unmöglich, daß eine Gesamthypothek z. T. Fremdhypothek z. T. Eigentümergrundschuld sein kann, ferner für 2 verschiedene Forderungen haften kann. Der einzige Schriftsteller, der diese Auffassung näher begründet, nämlich Biermann[61]), erkennt dies selbst an, arbeitet aber mit dem Gedanken einer fiktiven Gesamthypothek. Zu einer derartigen Annahme gibt aber weder der Wortlaut noch der Zweck des § 1173 eine Veranlassung, zumal sich völlig zwanglos eine einfachere Lösung finden läßt. Das Reichsgericht[62]) führt entgegen der Entscheidung des Kammergerichts[63]) mit Recht aus, daß die Ansichten, (vgl. Ansicht Nr. 2 u. 3) nicht zu billigen seien, daß die auf den Ersatzberechtigten in Höhe seines Ersatzanspruchs übergehende Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen eine Hypothek für die ursprüngliche Forderung oder eine Grundschuld sein könne. Gegenüber dem Kammergericht, das seine Ansicht nicht näher begründet, nimmt das Reichsgericht in eingehenden Ausführungen insbesondere auch auf die gesetzgeberischen Vorarbeiten Bezug. Danach geht aus den Materialien zu dem Gesetz hervor, daß die Hypothek

---

[59]) Biermann in Recht 1905 S. 266, Lang ArchZivPrax. 89 S. 308.
[60]) Irreführend sind die Ausführungen in dem Kommentar von Staudinger zu § 1173 Bem. 4b. Es wird hier gesagt, daß es das Naheliegendste sei, der Hypothek den schuldrechtlichen Ersatzanspruch gegen den anderen Eigentümer zugrunde zu legen. Staudinger führt dabei als mit ihm übereinstimmend Biermann, Oberneck, Lang, Brinck und den RGRK. an. Die ersten 3 sind Vertreter der Ansicht 4, Brinck der Ansicht 2 und der RGRK. der Ansicht 1. Brinck legt überhaupt nicht der Gesamthypothek die Ersatzforderung zu Grunde, sondern nur die ursprüngliche Forderung, wenn der zahlende Eigentümer nicht gleichzeitig Schuldner ist. Der RGRK. dagegen legt im Gegensatz zu Biermann, Lang und Oberneck die Regreßforderung als einheitliche Forderung der Gesamthypothek zugrunde. Der Nachsatz, daß das Fehlen einer gleichartigen Grundlage nicht ins Gewicht fallen könne, beweist, daß Staudinger die Auffassung von Biermann vertritt. Unrichtig ist auch, daß im RGZ. 81 S. 73 sowie von Planck, der im Kommentar von Staudinger vertretenen Ansicht zugestimmt wird. (vgl. Schlußsatz zu Ziff. 4b).
[61]) a.a.O.
[62]) RGZ. 81 S. 79.
[63]) KGJ. 42, S. 279.

keinesfalls Grundschuld sein solle. Das Gesetz spricht ja auch ausdrücklich von einer Gesamthypothek. Der Gesetzgeber wollte es der juristischen Konstruktion überlassen, ob der Fortbestand der durch die Befriedigung des Gläubigers getilgten Forderung zu fingieren sei. Für eine derartige Fiktion besteht aber keine Notwendigkeit. Da die ursprüngliche Forderung durch Befriedigung des Gläubigers von seiten des persönlich haftenden Eigentümers untergeht, mit der Gesamthypothek aber eine Forderung verbunden sein muß, kann es nur die Ersatzforderung sein, die der Gesamthypothek zugrunde liegt. § 1173 unterscheidet nicht, ob der zahlende Eigentümer persönlicher Schuldner ist oder nicht. Die Gesamthypothek des § 1173 Abs. 2 haftet daher in jedem Fall für die Ersatzforderung. Nur soweit der Eigentümer über das Bestehen eines Ersatzanspruchs hinaus Zahlung geleistet hat, erwirbt er eine Grundschuld an seinem eigenen Grundstück[64]).

[64]) vgl. Planck § 1173 4b.

III.

2. Hauptteil.

Ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich, wenn von einem mit einer Hypothek belasteten Grundstück ein Trennstück für den Erwerber auf ein besonderes Grundbuchblatt abgeschrieben wird und die auf dem Stammgrundstück ruhende Hypothek versehentlich nicht übertragen wird?

1. Die Bedeutung des § 47 Abs. 2 GBO.

Ausgegangen werden soll auch hier von dem Tatbestand, daß ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück in einzelnen Parzellen veräußert wird und bei der Übertragung einer der Parzellen auf ein anderes Blatt die Mitübertragung der Hypothek, die durch Parzellierung des Grundstücks zur Gesamthypothek wird, versehentlich unterlassen worden ist. Gemäß § 47 Abs. 1 GBO. erfolgt die Löschung eines Rechts durch Eintragung eines Löschungsvermerks. Absatz 2 dieser Vorschrift bestimmt jedoch, daß, wenn bei Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Blatt ein eingetragenes Recht nicht mitübertragen wird, es in Ansehung des Grundstücks oder des Teils als gelöscht gilt. Es ist zu untersuchen, ob der Erwerber einer der Parzellen, der als Eigentümer dieser Parzelle nach ihrer Abschreibung eingetragen worden ist, gutgläubig lastenfrei die Parzelle deshalb erworben hat, weil die Mitübertragung der Hypothek nicht erfolgt ist.

Was die Auslegung des § 47 Abs. 2 GBO. betrifft, so ist davon auszugehen, daß bei Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils die Mitübertragung der eingetragenen Rechte von Amts wegen zu erfolgen hat. Die Wirkung des § 47 Abs. 2 GBO. besteht darin, daß es nicht notwendig ist, die Übertragung der Belastung zum Zwecke der Löschung vorzunehmen, um die Löschung nach Abs. 1 dieser Bestimmung durchführen zu können, sondern daß vielmehr der nach Abs. 1 notwendige positive Löschungsvermerk durch die lastenfreie Abschreibung der Grundstücksparzelle ersetzt wird. § 47 Abs. 2 GBO. setzt nicht voraus, daß die Nichtmitübertragung absichtlich zum Zwecke der Löschung erfolgt ist, sei es, weil die Voraussetzungen für die Löschung vorgelegen haben, sei es, daß der Grundbuchrichter irrtümlich die Voraussetzungen für gegeben erachtet hat. Durch § 47 Abs. 2 wird auch der Fall erfaßt, daß die Nichtmitübertragung der Hypothek auf ein Versehen, und zwar

auf ein bloßes Vergessen, zurückzuführen ist. Insofern hat diese Vorschrift auch eine materielle Bedeutung, indem sie bestimmt, daß in jedem Fall ohne Rücksicht auf die Gründe, die die Nichtübertragung der Last auf das abgeschriebene Grundstück veranlaßt haben, die Hypothek als gelöscht anzusehen ist. Dies wird insbesondere auch durch die Fassung des § 47 Abs. 2, daß das Recht als gelöscht „gilt", bestätigt[65]).

Eine weitergehende Bedeutung hat die Nichtmitübertragung der Hypothek jedoch nicht, insbesondere vermag sie in materieller Beziehung, soweit es sich um den rechtlichen Bestand der Last handelt, keine Wirkungen zu äußern. Die Tatsache, daß die Nichtmitübertragung als Löschung der Hypothek gilt, besagt nur, daß eine Löschung im formellen Sinne mit den Wirkungen wie sie ihr die Grundbuchordnung beilegt, vorliegt. Durch die Löschung allein geht aber ein Recht nicht unter, vielmehr müssen die Voraussetzungen der materiellen Bestimmungen des BGB., insbesondere des § 875 BGB., die für den Untergang eines Rechts entscheidend sind, gegeben sein. Solange eine auf Aufhebung des Rechts gerichtete Willenserklärung des berechtigten Hypothekengläubigers nicht vorliegt, ist zwar das Recht durch die Löschung aus dem Grundbuch verschwunden, nicht aber in seinem materiellen Bestand vernichtet. Durch die Löschung ist aber das Grundbuch unrichtig geworden, da es die tatsächlich noch bestehende Hypothek als nicht mehr bestehend ausweist. Damit ist die erste Voraussetzung für die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs gegeben. Es ist jedoch zu beachten, daß ein gutgläubiger Erwerb nur insoweit in Frage kommen kann, als es sich um Rechte handelt, die zwar ohne Eintragung bestehen aber nicht entstehen können und die damit nur dann gegenüber gutgläubigen Dritten wirksam sein können, wenn sie eingetragen sind. Hierher gehört in erster Linie der Fall, daß eine Hypothek zu Unrecht gelöscht worden ist, sei es gemäß Abs. 1 oder nach Abs. 2 des § 47 GBO. Dingliche Belastungen dagegen, deren Wirksamkeit nicht von der Eintragung im Grundbuch abhängig ist, wie z. B. die Überbau und Notwegrente gemäß §§ 914 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB., können, wenn sie im Grundbuch eingetragen waren, dann aber zu Unrecht gelöscht worden sind, niemals gutgläubig erworben werden. Im Gegensatz zu der Hypothek bedarf ein derartiges dingliches Recht zu seiner Entstehung nicht der Eintragung in das Grundbuch, sodaß auch der Fortbestand dieses Rechts nicht durch die Löschung im Grundbuch beeinträchtigt werden kann[66]).

2. Welcher Zeitpunkt ist für den gutgläubigen Erwerb maßgebend?

Gemäß § 892 BGB. gilt zu Gunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grund-

[65]) Vgl. Entwurf einer GBO. nebst Motiven S. 69, Denkschrift zur GBO. S. 167, Güthe-Triebel § 47 Anm. 2, Predari § 47, 5c, und 6, RGZ. 37 S. 311, RGZ. 62 S. 99, KGJ. 27 S. A. 115, 116.

[66]) KGJ. 27, S. A. 115/116, RGZ. 37 S. 311, RGZ. 62 S. 99.

buchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Nach § 892 Abs. 2 ist, wenn zum Erwerb eines Rechts die Eintragung erforderlich ist, für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrages maßgebend. Bei der Anwendung des § 892 Abs. 2 drängt sich folgender Gedankengang auf: Kommt es auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrages auf Abschreibung der Parzelle und Eintragung des Erwerbers als Eigentümer an, so war in diesem Augenblick das Grundbuch keineswegs unrichtig, das Stammgrundstück, von dem die Parzelle abzuschreiben ist, war mit einer Hypothek belastet und diese Belastung entsprach auch der materiellen Rechtslage. Dementsprechend wird denn auch die Auffassung vertreten, daß ein gutgläubiger Erwerb nicht erfolgen könne, da das Grundbuch z. Zt. der Stellung des Antrages richtig gewesen und dieser Zeitpunkt gemäß § 892 Abs. 2 ausschlaggebend sei[67]). Boehmer macht geltend, daß es ausgeschlossen sei, die z. Zt. des Eintragungsantrags vorhandene Unkenntnis des Erwerbers davon, daß das Grundbuch durch die später vorzunehmende Eintragung unrichtig werden könne, als guten Glauben im Sinne des § 892 BGB. anzusehen. Der Zweck des Gesetzes gehe dahin, den Erwerber zu schützen, wenn er sich bei Eingang des Eintragungsantrages, der die letzte auf Herbeiführung der Eintragung gerichtete Parteihandlung sei, in Unkenntnis über die wahre dingliche Rechtslage befinde. Ein Schutzbedürfnis des Erwerbers könne dann nicht anerkannt werden, wenn die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb erst später nach Stellung des Antrages, also zu einer Zeit, in der er auf die Vollendung des Rechtserwerbs keinen Einfluß mehr habe, eintreten. Mügel[68]) führt gleichfalls aus, daß § 892 Abs. 2 auch den für die Kenntnis des Erwerbers maßgebenden Zeitpunkt bestimme. Zweck des § 892 könne nur sein, das Vertrauen des Erwerbers in dem für seine Entschließungen maßgebenden Zeitpunkt zu schützen. Für die Gewährleistung des Grundbuchinhalts sowie für die Kenntnis des Erwerbers sei daher in gleicher Weise der in Abs. 2 bestimmte Zeitpunkt maßgebend.

Diese Auslegung des § 892 Abs. 2 ist jedoch abzulehnen. Auszugehen ist stets von dem im Abs. 1 niedergelegten Grundsatz, nach dem es auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs ankommt. Dies ergibt bereits der Wortlaut des Abs. 1 des § 892 BGB., wonach der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten desjenigen als richtig gilt, der ein Recht an einem Grundstück erwirbt. Eine Bestätigung findet diese Auslegung auch durch Abs. 2 des § 892, der den Zeitpunkt der Einigung dann als maßgebend bestimmt, wenn diese erst nach Stellung des Antrags auf Eintragung zustande kommt. Die Bestimmung des Abs. 2 des § 892 ist

[67]) So Mügel in JW. 27 S. 1884, Boehmer in DJZ. 27 S. 1518, RGZ. 74 S. 420 und 92 S. 255. Boehmer beruft sich zu Unrecht für seine Auffassung auch auf die Entscheidung in RGZ. 89 S. 160. Die letztere Entscheidung des Reichsgerichts besagt ausdrücklich, daß es regelmäßig auf den Zeitpunkt ankommt, in dem sich der Rechtserwerb vollendet. Vgl. RGZ. 116 S. 354.

[68]) a.a.O.

nur deshalb eingefügt worden, um einem besonderen Verkehrsbedürfnis Rechnung zu tragen[69]). Da es häufig üblich ist, mit Abschluß des Vertrages oder Einreichung des Antrags auf Eintragung die Gegenleistung zu bewirken, könnten, wenn allein der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs für den guten Glauben entscheidend sein würde, insofern Schwierigkeiten entstehen, als ein Rechtserwerb ausgeschlossen sein würde, wenn der Erwerber nach Stellung des Antrags auf Eintragung Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs erlangt. Der Erwerber müsse aber, wie in der 2. Kommission ausgeführt wurde, nach Möglichkeit geschützt werden, wenn er bereits vor seiner Eintragung im Grundbuch die Valuta gezahlt habe. Dieses Schutzbedürfnis erfordere zum mindesten, daß die Rechtslage zu Ungunsten des Erwerbers nicht durch eine spätere, d. h. nach Stellung des Antrags auf Eintragung erfolgte Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs verschlechtert werde. Eine darüber hinausgehende Bedeutung hat § 892 Abs. 2 BGB. nicht, insbesondere kann diese Bestimmung dann keine Anwendung finden, wenn das Grundbuch bei Stellung des Eintragungsantrags, wie in dem Fall, von dem wir ausgegangen sind, richtig war und später unrichtig geworden ist. Durch § 892 Abs. 2 sollte zu Gunsten des Erwerbers nur der Fall geregelt werden, daß das Grundbuch z. Zt. der Stellung des Antrages bereits unrichtig war. Soweit das Grundbuch bei Stellung des Antrages richtig war, kann daher § 892 Abs. 2 seinem ganzen Zweck nach nicht Platz greifen, sodaß es bei der allgemeinen Regel verbleibt, daß stets der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs für den guten Glauben entscheidend ist[70]).

Die Ansicht Boehmers und Mügels, daß der Erwerber nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht gutgläubig erwerben könne, wenn das Grundbuch im Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung richtig sei, beruht letzten Endes auf der irrigen Meinung, daß der Erwerber gerade im Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs ein Recht erworben haben müsse. Für die Anwendung des § 892 ist es völlig ohne Bedeutung, ob der Erwerber gerade im Hinblick auf einen bestimmten Inhalt des Grundbuchs eine Rechtshandlung vorgenommen hat oder sogar in das Grundbuch eingesehen hat, vielmehr schadet dem Erwerber lediglich die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs[71]).

Maßgebender Zeitpunkt für den guten Glauben kann in unserem Fall somit nur der der Eintragung des Erwerbers auf der abgeschriebenen Parzelle sein.

69) Prot. 3 S. 80, 81.
70) So RGRK. § 892, 13, Staudinger § 892, 55, Planck § 892, II, 2d ε, Strecker in Recht 1921, S. 183/184, RGZ. 89 S. 160/161, 123 S. 19, 140 S. 35 ff.
71) Planck § 892 II 2. RGRK. § 892, 10, Strecker in Recht 1921 S. 183, 184.

3. Bedeutung der Rechtsprechung des Reichsgerichts für unseren Fall, nach der ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb auch dann möglich ist, wenn gleichzeitig mit der Eintragung des neuen Eigentümers die Löschung der auf dem Grundstück lastenden Hypothek erfolgt.

a) Die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ. 123 S. 19 und 140 S. 15.

Der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 8. 12. 1928[72]) einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb auch dann angenommen, wenn gleichzeitig mit einem Eigentumswechsel die Löschung einer Hypothek in das Grundbuch eingetragen wird, durch die die Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkt wird. Das Reichsgericht geht in dieser Entscheidung von dem Fall aus, daß der Grundstückseigentümer sein Grundstück an einen Käufer aufgelassen hat und dessen Eintragung als Eigentümer beantragt worden ist. Zeitlich später hat sodann der Verkäufer die Löschung der auf diesem Grundstück eingetragenen Hypothek auf Grund einer löschungsfähigen Quittung beantragt. Beide Anträge sind an dem gleichen Tage erledigt worden und zwar derart, daß die Eintragung des Käufers als neuen Eigentümers und die Löschung der Hypothek in derselben Verfügung angeordnet und unter demselben Datum eingetragen worden sind. Das Reichsgericht geht davon aus, daß bei gleichzeitiger Erledigung beider Anträge die Eintragung beider Rechtsänderungen mit der Vollziehung der letzten Eintragung als einheitlich abgeschlossen zu gelten habe. Da für den gutgläubigen Erwerb der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs maßgebend sei und die Löschung der Hypothek mit der Eintragung des neuen Eigentümers als gleichzeitig erfolgt anzusehen sei, komme es auf den guten Glauben des Erwerbers in diesem Zeitpunkt an. Das Reichsgericht hält es demnach bei § 892 BGB. nicht für erheblich, ob die Löschung der Hypothek zeitlich vor der Eintragung des Käufers als neuen Eigentümers erfolgt ist oder gleichzeitig mit dieser.

Der 5. Zivilsenat hat in seinem Urteil vom 18. 2. 33[73]) ferner den Fall entschieden, daß sich der Erwerber einer Briefgrundschuld auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch dann berufen könne, wenn er schon vor Eintragung des Veräußerers der Grundschuld von diesem die Abtretungserklärung erhalten und mit ihm wegen des Briefes eine Vereinbarung getroffen habe, die nach den §§ 1117, 1154 BGB. die Übergabe ersetze.

Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung seine in früheren Urteilen (RGZ. 74 S. 416, 92 S. 254) vertretene Auffassung, ein gutgläubiger Erwerb sei in derart gelagerten Fällen nicht möglich, ausdrücklich aufge-

72) RGZ. 123 S. 19.
73) RGZ. 140 S. 35 ff.

geben. Es hat darauf hingewiesen, daß es lediglich auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs für den guten Glauben des Erwerbers ankomme, wobei es gleichgültig sei, ob der zweite Erwerb der Briefgrundschuld auf Grund der Abtretung nach dem ersten Erwerb, also nach der Eintragung des Veräußerers oder ohne Zwischenzeit gleichzeitig mit dem ersten Erwerb erfolgt sei. Die Gründe des RG., es sei nicht notwendig, daß der Erwerb des Käufers zeitlich dem des Veräußerers nachfolge, beruhen letzten Endes nicht nur darauf, daß es für den guten Glauben auf die Vollendung des Rechtserwerbs ankommt, sondern vor allem auch auf der Tatsache, daß es nicht erforderlich ist, daß der Erwerber gerade im Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs gehandelt hat. Wenn lediglich die Tatsache entscheidend ist, daß der Erwerber rein negativ die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt[74]), kann es in der Tat keinen Unterschied machen, ob die Löschung der Hypothek vor oder gleichzeitig mit der Eintragung des neuen Eigentümers erfolgt ist.

b) Die Auffassung von Brandis und Neukirch.

Die Ansicht des Reichsgerichts, daß ein gutgläubiger Erwerb auch bei gleichzeitiger Eintragung des Rechtserwerbs des Veräußerers und des Erwerbers möglich sei (RGZ. 140 S. 35 ff.) wird von Brandis[75]) und Neukirch[76]), denen im Ergebnis auch Staudinger[77]) beitritt, angegriffen. Brandis macht geltend, daß der Gedanke des Vertrauensschutzes für den Zeitpunkt der Eintragung seine Bedeutung behalten müsse. § 892 setze zwar nicht voraus, daß der Erwerber Einsicht in das Grundbuch nehme. Damit sei aber nicht gesagt, daß „nicht mindestens theoretisch die Einsichtsmöglichkeit dahingehend bestehen müsse, daß der Erwerber, wenn er das Grundbuch eingesehen hätte, den ihm günstigen Inhalt hätte feststellen können. Es widerspreche einer den Denkgesetzen folgenden Auffassung vom gutgläubigen Erwerb, wenn der Erwerber, falls er das Grundbuch eingesehen hätte, gerade die für ihn ungünstige Eintragung gesehen haben würde". Wenn nach § 892 der Inhalt des Grundbuchs als richtig gelte, so sei ein Inhalt in diesem Sinne nur denkbar, wenn er schon vor dem Erwerb bestanden habe. Die Anwendung des § 892 setze begrifflich voraus, daß das Grundbuch sich in irgendeiner, wenn auch noch so kurzen Zeitspanne im Zustande der Unrichtigkeit befunden habe und daß dieser Zustand infolge eines gutgläubigen Erwerbs materiell richtig werde. Zu einer anderen Ansicht könne man nur kommen, wenn man überhaupt das Vertrauen auf die grundbuchliche Eintragung als solche als maßgebend ansehen wollte, dann würden aber auch versehentlich bei der Eintragung gelöschte oder beim Eigentumswechsel von einem Grundbuchblatt auf das andere nicht mitübertragene Rechte erlöschen. Das könne nicht der Sinn des Gesetzes sein, vielmehr sei die grundbuchliche Eintragung nach § 892 BGB. nicht maßgebend, sondern der bis zu der Eintragung bestehende bisherige Inhalt des Grundbuchs.

74) Vgl. RGZ. 86 S. 356, Planck § 892, 2, RGRK. § 892, 10.
75) JW. 29 S. 3275.
76) JW. 30 S. 2399.
77) § 892, 55, Abs. 2.

c) Rechtfertigung der von dem Reichsgericht vertretenen Auffassung.

Brandis ist insofern Recht zu geben, als er bemerkt, daß die Entscheidung des RG. im 123. Bande eine besondere Begründung für die Auffassung, auch bei gleichzeitiger Eintragung sei ein gutgläubiger Erwerb möglich, vermissen lasse. Denn diese Auffassung kann nicht die bloße Folge des Satzes sein, daß es für den gutgläubigen Erwerb auf die Vollendung des Rechtserwerbs ankommt. Im Anschluß an die Entwicklung der Gründe des Reichsgerichts ist oben bereits ausgeführt worden, daß die Entscheidung vor allem dadurch ihre Rechtfertigung findet, daß es nach unbestrittener Ansicht nicht darauf ankommt, daß der Erwerber auf das, was im Grundbuch geschrieben ist, überhaupt Rücksicht genommen hat. Die in RGZ. 61 S. 195 vertretene Meinung, der Erwerber könne sich auf den öfftlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn er seinen Erwerb nicht im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollzogen habe, sondern lediglich den Angaben seines Veräußerers gefolgt sei, ist mit Recht aufgegeben worden[78]). Es erübrigt sich, auf diese überwundene Auffassung einzugehen, da auch Brandis nicht daran denkt, sie zu vertreten. Die Meinung von Brandis, für den Erwerber müsse zum mindesten theoretisch eine Einsichtsmöglichkeit in das Grundbuch vorhanden sein, findet im Gesetz keine Stütze. Es kann für den guten Glauben keinen Unterschied machen, ob der Grundbuchrichter heute die im Grundbuch eingetragene Hypothek löscht und erst morgen die Eintragung des neuen Eigentümers vornimmt oder beides zu gleicher Zeit tut. Das wird besonders deutlich, wenn man sich den Fall vorstellt, daß der Grundbuchrichter zunächst die Löschung der Hypothek vornimmt, sodann zeitlich später, aber unmittelbar im Anschluß daran auf Grund einer besonderen Verfügung den Erwerber als Eigentümer einträgt. Auch in diesem Fall hatte der Erwerber, obwohl die beiden Eintragungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander erfolgt sind, praktisch keine Möglichkeit zur Einsichtnahme in das Grundbuch. Die Auffassung von Brandis, daß eine theoretische Einsichtsmöglichkeit bestehen müsse, ist daher schon wegen des unbefriedigenden Ergebnisses, zu dem sie in der Praxis führt, abzulehnen.

Das Reichsgericht läßt auch keineswegs den Grundgedanken des Vertrauensschutzes fallen. Dieser besteht in dem Fall der Entscheidung im 123. Bande darin, daß der Erwerber das Eigentum an dem Grundstück nur dann erwerben wollte, wenn auch die Hypothek gelöscht würde, und im Fall der Entscheidung des Reichsgerichts im 140. Bande darin, daß der Erwerber das Recht des Veräußerers nur dann erwerben wollte, wenn vor ihm der Veräußerer als Inhaber des Rechts eingetragen würde.

Zu untersuchen bleibt aber, ob die von Brandis abgelehnte Ansicht des Reichsgerichts dazu führt, daß infolge gutgläubigen Erwerbs auch Rechte, die versehentlich bei der Eintragung gelöscht oder beim Eigentumswechsel von einem Grundbuchblatt auf das andere nicht mitübertragen worden sind, untergehen. Rein äußerlich betrachtet ist dieser Fall mit dem von dem RG. im 123. Bande erörterten Tatbestand gleich-

78) RGZ. S. 356, Planck § 892, 2, RGRK. § 892, 10.

gelagert. Während in dem von dem RG. entschiedenen Fall gleichzeitig mit der Eintragung des Erwerbers als Eigentümer die Löschung der auf dem Grundstück lastenden Hypothek erfolgt ist, ist in unserem Fall der Erwerber als Eigentümer der abgeschriebenen Parzelle eingetragen worden, ohne daß die auf dem Stammgrundstück lastende Hypothek mitübertragen worden ist.

Auszugehen ist davon, daß für den gutgläubigen Erwerb allein der Inhalt des neuen Grundbuchs, in dem die abgeschriebene Parzelle für den Erwerber eingetragen ist, entscheidend ist. Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs kann daher nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, daß die Hypothek auf dem Stammgrundstück eingetragen steht und sich daraus die Unrichtigkeit des neuen Grundbuchblatts ergibt. Unter Grundbuch ist gemäß § 3 GBO. nur das für das betreffende Grundstück, hier also für die abgeschriebene Parzelle, angelegte Grundbuchblatt zu verstehen. Wenn § 47 Abs. 2 GBO. bestimmt, daß das bei der Übertragung eines Grundstücksteils nicht mitübertragene Recht in Ansehung des Grundstückteils als gelöscht gilt, so kann es sich nur um den abgeschriebenen Grundstücksteil handeln, der auf dem neuen Grundbuchblatt eingetragen worden ist. Es ist daher nur entscheidend, ob das Grundbuchblatt der abgeschriebenen Parzelle die Last ausweist oder nicht[79]).

Der von dem RG. entschiedene Tatbestand unterscheidet sich von dem Fall, daß ein Recht versehentlich nicht mitübertragen worden ist und daher als gelöscht gilt, erheblich dadurch, daß dort zwei Anträge, die auf Löschung der Hypothek und Eintragung des neuen Eigentümers gerichtet waren, vorlagen, hingegen hier der Antrag lediglich auf Abschreibung der Parzelle, nicht aber auf Löschung der Hypothek gerichtet war. Das bedeutet, daß im vorliegenden Fall die Ausführung der Verfügung des Grundbuchrichters unvollständig geblieben ist, indem die einheitlich vorzunehmende Abschreibung der Parzelle und die Mitübertragung der auf ihr ruhenden Zwangshypothek nur zu einem Teil und zwar durch bloße Abschreibung und Eintragung des Erwerbers als neuen Eigentümers Erledigung gefunden hat. Wenn auch § 47 Abs. 2 GBO. an die Nichtmitübertragung die gesetzliche Folge der Löschung knüpft, so fehlt es doch, wie Predari[80]) mit Recht bemerkt, bei einer versehentlich unterlassenen Mitübertragung an einer als Eintragung zu kennzeichnenden Löschung. Während in dem von dem RG. entschiedenen Fall die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin besteht, daß die Post zu Unrecht gelöscht ist, gibt hier das Grundbuch über die Post überhaupt keine Auskunft. Die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs ist somit schon aus diesen Gründen abzulehnen.

Es kommt noch folgendes hinzu: Wenn es auch nicht erforderlich ist, daß der Erwerber gerade im Vertrauen auf einen bestimmten Grundbuchinhalt bei dem Erwerb des Rechts gehandelt hat, so wird doch in den beiden genannten Entscheidungen des Reichsgerichts der Gedanke des Vertrauensschutzes in jedem Fall gewahrt. Die Entscheidung im 140. Band legt einen Fall zugrunde, in dem der Zweiterwerber die

[79]) Güthe=Triebel § 3, Anm. 48, Planck § 892, I 5, Predari § 3, 4.
[80]) § 47 Ziff. 9.

Briefgrundschuld erst dann erwerben will, nachdem sie der Ersterwerber erworben hat. Gedanklich schließt sich damit der Erwerb des Zweiterwerbers an den des Ersterwerbers an. Erst mit der Eintragung des Ersterwerbers, mit der die Grundschuld zur Entstehung gelangt, erwirbt auch der Zweiterwerber das Recht. Wenn auch die beiden Erwerbe zeitlich zusammenfallen, so sind sie doch gedanklich voneinander zu scheiden, indem der zweite Erwerb stets den ersten Erwerb voraussetzt. Ähnlich liegt der Fall in der Entscheidung im 123. Band, in der gleichzeitig mit der Eintragung des neuen Grundstückseigentümers die auf dem Grundstück ruhende Hypothek gelöscht wird, die der Erwerber nicht mitübernommen hat. Wenn auch der Antrag auf Löschung der Hypothek erst später als der Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer gestellt sein mag, so ging doch der Wille des Käufers des Grundstücks auf Erwerb lastenfreien Eigentums. Die Notwendigkeit eines Vertrauensschutzes, auf die das RG. in seiner Entscheidung im 140. Band hingewiesen hat, fehlt aber in unserem Fall, in dem die Last lediglich versehentlich nicht mitübertragen worden ist. Die Annahme eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs ist insoweit abzulehnen und daher nur auf die Fälle beschränkt, in denen die Mitübertragung der Hypothek deshalb unterblieben ist, weil die Parzelle lastenfrei abgeschrieben werden sollte und dementsprechend auch ein Antrag auf Löschung der Hypothek gestellt worden ist.

Dieser Auffassung müssen auch alle diejenigen sein, die die Nachholung der versehentlich unterlassenen Mitübertragung der Hypothek solange ohne Bewilligung des Erwerbers der abgeschriebenen Parzelle zulassen, als diese noch nicht weiter aufgelassen ist.

d) Zur Frage der Nachholung der versehentlich unterlassenen Mitübertragung der Hypothek bei der Abschreibung eines Grundstücksteils.

Die Frage, ob eine derartige Nachholung des Mithaftvermerks von Amts wegen zulässig ist, ist im Hinblick auf § 54 GBO. bestritten. Predari[81]) und Güthe=Triebel[82]), bejahen sie.

Die Meinung dieser Schriftsteller, daß eine Nachholung des Mithaftvermerks möglich ist, kann nur auf der Annahme beruhen, daß vor Weiterveräußerung des Grundstücks in jedem Fall ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb durch den Erwerber ausgeschlossen ist. Das ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Beigetreten wird der Ablehnung eines gutgläubigen Erwerbs nur in den Fällen, in denen die Mitübertragung versehentlich unterlassen ist. Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn die

[81]) § 47 Ziff. 9.
[82]) § 54 Anm. 10 und § 47 Anm. 18. In Anm. 18 zu § 47 führt Güthe=Triebel zwar aus, daß eine vergessene Mitübertragung nur in solchen Fällen stets nachgeholt werden kann, in denen ein gutgläubiger Erwerb gegenüber der in der Nichtmitübertragung liegenden Löschung ausgeschlossen ist. Unter Ziffer 10 zu § 54 wird jedoch bemerkt, daß die Nachholung ausgeschlossen ist, wenn das Grundstück inzwischen weiterveräußert ist. Demnach muß die Nachholung bis zur Weiterveräußerung für zulässig erachtet werden.

Löschung der Hypothek gewollt war, insbesondere bei Abschreibung der Parzelle ein auf Löschung der Hypothek gerichteter Antrag dem Grundbuchrichter vorgelegen hat und in Ausführung des Antrags die Löschung der Hypothek durch Unterlassung der Übertragung auf das neue Grundbuchblatt erfolgt ist. Nimmt man an, daß die materiellen Voraussetzungen für den Untergang des Rechts in Wirklichkeit aus irgendwelchen Gründen nicht gegeben sind, so unterscheidet sich dieser Fall in nichts von dem in der fraglichen Entscheidung des Reichsgerichts geregelten Tatbestand. In beiden Fällen will der Käufer lastenfreies Eigentum erwerben. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob die Löschung positiv gemäß § 47 Abs. 1 oder in der Form der Unterlassung der Übertragung der Hypothek gemäß § 47 Abs. 2 erfolgt ist. In beiden Fällen sind die Anträge zur Ausführung gelangt. Der Gedankengang, daß ein gutgläubiger Erwerb nicht anzunehmen ist, weil es an einer als Eintragung zu kennzeichnenden Löschung fehlt, gilt daher nur, für die versehentlich unterlassene Mitübertragung der Hypothek. Wann aber eine nur versehentliche Unterlassung der Übertragung der Mithaft vorliegt, kann, da das Grundbuch darüber keine Auskunft gibt, nicht entschieden werden. Im Gegensatz zu Predari und Güthe-Triebel ist daher den Entscheidungen des Kammergerichts in KG. J. 46 S. A. 210, 27 S. A. 116 beizutreten, die eine Nachholung des Mithaftvermerks grundsätzlich überhaupt nicht zulassen und nur eine Ausnahme für den Fall annehmen, daß es sich um Rechte handelt, deren Entstehung von der Eintragung im Grundbuch unabhängig ist.